

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)

Juridiske emner  
ved  
Syddansk Universitet  
2011



Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
2011

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)  
*Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2011*  
1. udgave, 1. oplag

© 2011 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Omslag: Bo Helsted  
Tryk: Narayana Press, Gylling  
Indbinding: Jysk Bogbind, Holstebro

Printed in Denmark 2011  
ISBN 978-87-574-2598-7

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

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

## INDHOLD

Forord.....	7
First North selskaber og informationsforpligtelsen over for markedet – 2 <i>Professor, lic.jur., Nis Jul Clausen LL.M.....</i>	9
Symbol- og signallovgivning i kriminalpolitisk perspektiv <i>Professor, cand.jur., ph.d., Thomas Elholm .....</i>	30
At studere juridiske eliter <i>Professor, cand.jur., ph.d.(soc.), Ole Hammerslev .....</i>	44
Konkurrence om at passe børn <i>Lektor, cand.jur., jur.dr.(svensk titel), Tobias Indén og Lektor, cand.merc.(jur.), ph.d., Karsten Naundrup Olesen.....</i>	55
Festen er forbi ... – mere om reguleringen af ratingbureauer <i>Lektor, cand.merc.(jur.), ph.d., Camilla Hørby Jensen og Professor cand.merc.(jur.), ph.d., Nina Dietz Legind .....</i>	73
Skatteretlige overraskelser – for ugifte samlevende <i>Lektor, cand.merc.aud., ph.d., Inge Langhave Jeppesen .....</i>	95
Adgang til fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer for domstolene – med særligt henblik på boligretssager og tvister om mangler ved fast ejendom <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Jakob Juul-Sandberg .....</i>	109
Må politikere kommentere verserende retssager? – Et dilemma om ytrings- frihed versus domstolenes uafhængighed <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Pernille Boye Koch .....</i>	129
Sundhedspersoners oplysningspligt og forbud mod selvinkriminering <i>Lektor, cand. scient.pol. ph.d., Kent Kristensen .....</i>	145
Skyggetanten – tåler »det indre selskab« at se dagens lys? <i>Lektor, cand.merc.aud., ph.d., Troels Michael Lilja .....</i>	158
Blålys og H.C. Andersen <i>Professor, cand.jur., ph.d., Bent Ole Gram Mortensen.....</i>	170
»Equivalent Protection«– eller historien om den europæiske menneskeret- tighedsdomstols håndtering af EU-rettens krav på forrang <i>Ph.d.-stipendiat, cand.jur., Ayo Næsborg-Andersen .....</i>	185

Reaktioner på »kærlige krav«- ledighed og kriminelle kundskaber i en noget-for-noget tid <i>Ph.d.-stipendiat, cand.scient.soc., Annette Olesen</i> .....	199
Nye regler om ægtefælleskifte <i>Professor, lic.jur., Hans Viggo Godsk Pedersen</i> .....	223
Det retskildemæssige hierarki i national og EU-kapitalmarkedsret post-MiFID <i>Ph.d.-stipendiat, cand.jur., Niels Skovmand Rasmussen</i> .....	239
Giver EU-retten tredjelandforældre til mindreårige danske børn ret til ophold i Danmark? <i>Lektor, cand.merc.(jur.), ph.d., Peter Starup</i> .....	255

## Forord

I 1999 udgav det juridiske miljø ved Syddansk Universitet for første gang Juridiske emner ved Syddansk Universitet. Siden dengang har vi udgivet en tilsvarende publikation hvert andet år. Denne bog er således nr. 7 i rækken af Juridiske emner ved Syddansk Universitet.

Oprindeligt var den juridiske forskning koncentreret om det, der kunne karakteriseres som erhvervsjura, hvilket korresponderede med, at vi dengang dels servicerede de erhvervsøkonomiske uddannelser, herunder revisorkandidatuddannelsen med undervisning i erhvervsjura af forskellig art dels uddannede studerende på kombinationsuddannelsen HA (jur.) og cand. merc. (jur.). Med opstarten af jurauddannelsen BA jur. og cand. jur. blev forskningen i høj grad suppleret med en række juridiske discipliner, så den dækker alle de områder, der indgår i en juridisk kandidatuddannelse, således at der kan ydes en forskningsbaseret uddannelse både på det juridiske og det erhvervsjuridiske område.

I denne samling har et antal medarbejdere ved instituttet medvirket til at vise en del af den spændvidde, der er i de emner, der bearbejdes i den juridiske forskning ved Juridisk Institut. Som det kan ses, er der også sket en vis udbygning af områder, der ikke er en del af juraen i snæver forstand, men som supplerer og befrugter juraen med en større forståelse af regulering og virkning deraf.

Vi takker institutsekretær Inga Jakobsen og stud. merc. (jur.) Trine Skovlund Hansen, der på yderst kompetent vis og med stor tålmodighed har stået for opsætning og korrekturlæsning, samt sekretær Mette Underlien som også har medvirket ved korrekturlæsningen.

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

Juridisk Institut  
Syddansk Universitet  
Oktober 2011

Nina Dietz Legind  
Institutleder

Hans Viggo Godsk Pedersen  
Redaktør og studienævnetsformand

# First North selskaber og informationsforpligtelsen over for markedet – 2

af

*Nis Jul Clausen*

## 1. Indledning

De enkelte nordiske NASDAQ OMX børser har gennem en årrække drevet markedspladser, hvor små og mellemstore – typisk vækstorienterede – selskaber, som endnu ikke er indstillet på notering på hovedmarkedet, har kunnet få aktier optaget til handel. Der er tale om First North Sweden og First North International, First North Copenhagen, First North Finland samt First North Iceland. Formålet med disse markedspladser har tillige været at gøre selskaberne modne til en egentlig notering på hovedmarkedet.<sup>1</sup>

I forhold til den EU-retlige regulering af organiserede markedspladser for handel med værdipapirer er First North multilaterale handelsfaciliteter.<sup>2</sup> Selskaberne på First North er derfor som udgangspunkt undergivet, men dog afhængig af den nationale lovgivning,<sup>3</sup> mindre vidtgående regler og krav, end de selskaber der har værdipapirer noteret på hovedmarkederne, der EU-retligt er klassificeret som regulerede markeder.

<sup>1</sup> De nationale First North markeder har i så henseende haft forskellig succes. Mens det for First North Sweden er lykkedes at få selskaber på First North overført til en notering på hovedmarkedet, ses ingen selskaber på First North Copenhagen at være overgået til egentlig notering, og First North Copenhagen har i øvrigt de senere år været præget af et fald i antallet af selskaber.

<sup>2</sup> Se nærmere *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, *Børsretten I – Regulering, markedsaktører og tilsyn* 4. udg. (2011) s. 121 ff. First North Copenhagen er efter dansk ret en alternativ markedsplads, som reguleret i værdipapirhandelslovens §§ 42 c-f. First North Finland er efter finsk ret en broker list reguleret i den finske værdipapirhandelslovs kapitel 3a.

<sup>3</sup> Eksempelvis er det således, selvom EU's direktiver om overtagelsestilbud og markedsmissbrug ikke gælder for værdipapirer optaget til handel på en multilateral handelsfacilitet, følger det af den danske værdipapirhandelslov, at de danske regler i så henseende også gælder for First North Copenhagen, som en alternativ markedsplads, jf. værdipapirhandelslovens § 31, stk. 1, § 32, stk. 2 og § 39 a.

For First North selskaber har NASDAQ OMX Nordic fastsat et ens regelsæt, First North Nordic – Rulebook, hvis seneste version er af 4. april 2011, som er gældende, uanset på hvilket First North marked, selskaberne har værdipapirer optaget til handel.<sup>4</sup>

Et særkende ved de krav, som følger af First North Rulebook, er, at selskaberne skal have en certified adviser, jf. pkt. 2.2.3. Certified adviser skal blandt andet, jf. pkt. 5.2:

- co-operate with the Exchange in order to maintain the quality and integrity of First North,
- ensure that the Company signs the undertaking to comply with the Rules [of First North Rulebook]
- monitor that the Company, upon admission and thereafter, complies with First North's admission requirements
- monitor the Company's compliance with First North's disclosure requirements
- advise, support and update the Company on its obligations on First North
- ensure that the information provided by the Company as required... is prepared in an adequate manner and submit the information to the Exchange as soon as possible
- contact the Exchange immediately in the event the Company is in violation of the Rules.

Dette indebærer blandt andet, at såvel selskabets ledelse som dets certified adviser har en selvstændig forpligtelse til at sikre, at selskaberne overholder deres forpligtelser efter First North Rulebook, herunder selskabernes oplysningsforpligtelse.

En undersøgelse foretaget af NASDAQ OMX Copenhagen (i det følgende betegnet Børsen) i 2007, som resulterede i et brev til samtlige certified advisere<sup>5</sup> og de i 2008 af Børsen offentliggjorte Afgørelser og Udtalelser vedrørende First North Copenhagen viste, at First North selskaberne og deres certified adviser i betydeligt omfang ikke levede op til de forpligtelser, som fulgte af den dagældende First North Rulebook, jf. nedenfor under 2.

I det følgende vil det med udgangspunkt i de sager, som Børsen i Afgørelser og Udtalelser 2009, 2010 og første halvår af 2011 har offentliggjort, blive søgt afklaret, hvorvidt selskaberne på First North Copenhagen og deres certified adviser i større omfang end tidligere har været i stand til at overholde deres forpligtelser efter First North Rulebook.

<sup>4</sup> Dog skal selskaberne altid overholde den nationale lovgivning, som er gældende for handel på den pågældende type handelsplads. Desuden indeholder First North Rulebook enkelte særregler for de nationale markeder, se eksempelvis pkt. 6.2 om Admissions to NASDAQ OMX Member Rules regarding trading on First North.

<sup>5</sup> Se Afgørelser og Udtalelser 2008 nr. 2.2.3. Se tillige *Nis Jul Clausen*, NTS 2008:4 s. 48 ff.

## 2. Afgørelser og Udtalelser 2008

På baggrund af en gennemgang og analyse af Børsens First North sager offentliggjort i Afgørelser og Udtalelser 2008 konkluderede jeg, at visse danske First North selskaber og deres certified adviser havde haft alvorlige problemer med at overholde de forpligtelser, som var gældende på First North.<sup>6</sup>

For selskabernes vedkommende var det således, at de ikke altid overholdt gældende regler om oplysningspligt over for markedet og ikke altid havde kendskab til disse reglers indhold og rækkevidde. Dette skyldtes i ikke uvæsentligt omfang manglende etablering eller anvendelse af effektive forretningsgange og rapporteringssystemer med henblik på sikring af overholdelse af reglerne på First North. Herved adskilte First North selskaberne sig dog ikke nødvendigvis på afgørende vis fra visse selskaber på hovedmarkedet. Den manglende overholdelse kunne dog indicere, at det måtte anses for tvivlsomt, om disse selskaber på lidt længere sigt ville være egnede til at få værdipapirer optaget til notering på hovedmarkedet, endsige fortsat være optaget til handel på First North.

For certified advisers vedkommende konkluderedes det, at de ikke altid var i stand til at udfylde rollen som aktiv og selvstændig aktør på First North med henblik på at medvirke til og sikre, at First North selskaberne overholdt deres oplysningsforpligtelser. En række certified advisers havde ikke tilstrækkeligt kendskab til det gældende regelsæt og seneste ændringer heri. Når man med First North og for at sikre investorenes tillid til dette marked har etableret en struktur med en obligatorisk certified adviser, må man som minimum kunne forlange, at certified adviser kender til de gældende regler og løbende følger med i ændringer heri.

## 3. Afgørelser og Udtalelser 2009, 2010 og første halvår 2011

Mens antallet af sager, som Børsen offentliggjorde i Afgørelser og Udtalelser 2009, var ganske betydeligt, har sagsantallet været markant mindre i 2010 og første halvår af 2011. I 2009 blev der i alt offentliggjort 63 sager (37 vedrører hovedmarkedet, 24 vedrører First North samt 2 sager vedrørende overtrædelse af handelsregler). I 2010 blev der i alt offentliggjort 46 (28 vedrører hovedmarkedet, 14 vedrører First North samt 4 sager vedrørende overtrædelse af handelsregler) og for første halvdel af 2011 er det samlede antal sager 13 (8 vedrører hovedmarkedet og 5 vedrører First North). Antallet af sager vedrørende First North udgør således mere end en tredjedel af alle sager. Under hensyn til det begrænsede antal selskaber på First North i forhold til antallet af selskaber på hovedmarkedet er sagsantallet for First

<sup>6</sup> Se *Nis Jul Clausen* s. 23 ff. i *Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)*, Juridiske emner fra Syddansk Universitet 2009.



North således relativt stort. Dette kan i nogen grad, men langt fra fuldt ud, forklares med, at det enkelte sagsforløb på First North typisk udløser to sager, én mod selskabet og én mod dets certified adviser. I perioden har der på First North i alt været 28 påtaler, 14 andre sager samt 1 sag om uanmodet sletning af et selskab.<sup>7</sup>

I det følgende omtales First North sagerne i perioden 2009 til og med første halvår 2011 opdelt under hensyn til den problemstilling, som de vedrører.

### 3.1. Oplysningsforpligtelse

First North selskabernes generelle forpligtelse til at offentliggøre væsentlige, kursrelevante oplysninger over for markedet fremgår af First North Rulebook pkt. 4.1. I medfør heraf skal et selskab:

*»as soon as possible publish any decision taken by it as well as any facts and circumstances pertaining to the Company that are likely to have a significant effect on the price of its financial instruments.«*

Denne generelle fastlæggelse af oplysningsforpligtelsens genstand og offentliggørelsestidspunkt svarer i alt væsentligt til den, som gælder for selskaber noteret på et reguleret marked, jf. værdipapirhandelslovens § 27, stk. 1. De nærmere regler om oplysningspligten i First North Rulebook er dog mindre detaljerede og mindre vidtgående, end dem som efter NASDAQ OMX Nordic's Regler for udstedere af aktier gælder for selskaber på hovedmarkedet.<sup>8</sup>

#### 3.1.1. Væsentlige, kursrelevante forhold

Det er ikke så ofte, at der mellem et selskab og Børsen er tvist om, hvorvidt et bestemt forhold eller en bestemt begivenhed er væsentlig og kursrelevant med oplysningspligt til følge. Denne problemstilling har dog foreligget i en række sager på First North.

Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.2 (*Guava A/S*) drejede sig om, hvorvidt selskabet var forpligtet til at offentliggøre en selskabsmeddelelse om, at der var udfærdiget anklageskrift over for selskabets administrerende direktør for overtrædelse af værdipapirhandelslovens forbud mod kursmanipulation. Det var selskabets opfattelse, at forholdet var uden relevans for kursdannelsen, idet selskabet blandt andet henviste til, at dets ledelse og drift var fortsat uanfægtet gennem snart 3 år. Børsen var derimod, hvilket ikke kan overraske, af den opfattelse, at oplysningen om, at den administrerende di-

<sup>7</sup> Sager, som medfører en påtale, offentliggøres som alt overvejende hovedregel med angivelse af det pågældende selskabs/certified advisers navn.

<sup>8</sup> Se nærmere herom eksempelvis *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten II – Notering, oplysningspligt, overtagelsestilbud og markedsmissbrug, 4. udgave (2011) s. 147 ff.

rektør var blevet anklaget for overtrædelse af værdipapirhandelsloven, var af kurspåvirkende karakter. Børsen henviste blandt andet til, at det er vigtigt, at investorerne kan have tillid til den øverste ledelse i First North selskaber, og at det forhold, at et selskabs administrerende direktør er anklaget for overtrædelse af værdipapirhandelsloven, kan have betydning for investorerens vurdering af selskabets aktier. Børsen påtalte derfor, at selskabet ikke på tidspunktet, hvor det blev bekendt med, at anklagemyndigheden havde udfærdiget anklageskrift over for den administrerende direktør, offentliggjorde en meddelelse herom, jf. First North Rulebook pkt. 4.1. (a).

På baggrund af samme sagsforløb påtalte Børsen i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.3 (*Horwath Revisorerne*) over for selskabets certified adviser, at denne ikke havde sikret, at selskabet havde offentliggjort en meddelelse om, at anklagemyndigheden havde udfærdiget anklageskrift over for den administrerende direktør, alternativt havde kontaktet Børsen for en drøftelse af forholdet, jf. pkt. 5.2. i First North Rulebook. Certified adviser havde over for Børsen oplyst, at forholdet havde været drøftet med bestyrelsen, da anklageskriftet blev udfærdiget, herunder om forholdet skulle oplyses i en selskabsmeddelelse. Certified adviser havde været i tvivl, om forholdet skulle oplyses, men tog bestyrelsens synspunkt – at udfærdigelse af anklageskrift om kursmanipulation vedrørende selskabets direktør ikke medførte oplysningspligt – til efterretning. Børsen tilkendegav, at i tilfælde, hvor certified adviser er i tvivl, om et forhold er omfattet af selskabets oplysningsforpligtelse, skal certified adviser kontakte Børsen for en drøftelse heraf.

Også i Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.3 (*European Wind Investment A/S*) og nr. 1.4 (*Advizer*) fik såvel selskabet som certified adviser en påtale. Selskabet offentliggjorde en selskabsmeddelelse, hvoraf det fremgik, at selskabet forventede, at et tidligere offentliggjort prospekts budgettal også ville blive de faktiske regnskabstal ved årets afslutning. Det tidligere offentliggjorte prospekt, som var udarbejdet med henblik på en rettet emission, indeholdt budgettal for perioden 2010 til 2030, som ikke tidligere var offentliggjort. Børsen anmodede selskabet om blandt andet at redegøre for, hvorfor budgettallene ikke var blevet offentliggjort i en selvstændig selskabsmeddelelse. Af selskabets redegørelse fremgik, at det havde betragtet prospektet som en enhed, som skulle godkendes i sin helhed af Finanstilsynet. Budgettallene var alene udarbejdet med henblik på prospektet og det hertil knyttede udbud af aktier. Selskabet ikke havde tænkt i de baner eller overvejet, at budgettallene i sig selv ville være væsentlige og kursrelevante oplysninger, som skulle offentliggøres selvstændigt. Børsen anførte principielt, at et prospekt offentliggjort fra et selskab, der allerede er optaget til handel, som udgangspunkt ikke må indeholde ny væsentlig information, som ikke tidligere er offentliggjort. I det omfang det på trods heraf forventes, at et prospekt indeholder væsentlig information, som ikke tidligere har været offentliggjort, skal informationen offentliggøres i en separat meddelelse forud for eller se-

nest samtidig med offentliggørelsen af prospektet. Dette havde Børsen i øvrigt gjort selskabet opmærksom på i et brev før offentliggørelsen af prospektet. Det var Børsens opfattelse, at budgettallene i hvert fald for 2010 var af kursrelevant karakter, og at disse således skulle have været offentliggjort senest samtidigt med udsendelsen af prospektet. Børsen påtalte, at selskabet ikke offentliggjorde budgettallene i hvert fald for 2010 i en selskabsmeddelelse forud for offentliggørelsen af prospektet, jf. First North Rulebook pkt. 4.1 (a).

I samme sag fremgik det af redegørelsen fra certified adviser, at budgettallene løbende var blevet udarbejdet og justeret igennem prospektfasen, og at budgettet i høj grad hang sammen med det samlede aftalegrundlag for selskabet og dets virksomhed. Certified adviser havde derfor vurderet, at det ikke dagen før offentliggørelsen af prospektet ville tilføre markedet væsentlig værdi at få oplyst budgettallene uden samtidig at modtage information vedrørende det samlede setup omkring selskabet. Det var certified advisers vurdering, at en sådan separat offentliggørelse af budgettallene snarere ville skabe forvirring end forståelse i markedet. Børsen var som nævnt ikke enig heri og påtalte over for certified adviser, at denne ikke havde sikret, at selskabet offentliggjorde budgettallene i hvert fald for 2010 i en selskabsmeddelelse forud for offentliggørelsen af prospektet, jf. First North Rulebook pkt. 5.2.<sup>9</sup>

I Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 2.2 var Børsen derimod enig med selskabet i, at der ikke var tale om et væsentligt, kursrelevant forhold. Et selskab offentliggjorde en selskabsmeddelelse, hvoraf det blandt andet fremgik, at selskabet på et bestyrelsesmøde fire dage forinden havde besluttet at tilpasse selskabets strategi. Over for Børsen oplyste selskabet, at det havde overvejet, hvorvidt tilpasningen af strategien var nuanceret nok til, at det i

<sup>9</sup> Spørgsmålet om oplysningspligtens genstand var også fremme i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.11 (*Wannakey A/S*), som omtales nærmere nedenfor under 3.1.3. Sagen drejede sig blandt andet om, hvorvidt selskaber efter den generelle oplysningsbestemmelse i First North Rulebook pkt. 4.1 (a) har en selvstændig pligt til at offentliggøre en selskabsmeddelelse om ændring af selskabets hovedaktionær. I den pågældende sag ville den nye hovedaktionær blive tilbudspligtig efter værdipapirhandelslovens § 31. Der var ikke offentliggjort tilbudsdokument efter værdipapirhandelsloven § 32, ligesom der ikke var givet storaktionærmeddelelse efter værdipapirhandelslovens § 29. Børsen fandt, at der ikke i et sådant tilfælde i medfør af First North Rulebook pkt. 4.1 (a) består en selvstændig oplysningsforpligtelse for selskabet med hensyn til den nye hovedaktionær. Grundet personsammenfald mellem hovedaktionæren og ledelsen i selskabet i den konkrete sag fandt Børsen det dog beklageligt, at der ikke blev offentliggjort oplysninger om overdragelsen af majoritetsaktionærens aktiepost, da aftalen blev indgået. Børsen fandt det endvidere beklageligt, at selskabet ikke, da det blev bekendt med overdragelsen, hurtigst muligt afklarede spørgsmålet om tilbudspligt med Finanstilsynet.

sig selv krævede en oplysning til markedet. Da selskabet på et bestyrelsesmøde nogle dage senere tog stilling til nogle andre forhold, der efter ledelsens vurdering under alle omstændigheder skulle meddeles markedet, besluttede bestyrelsen at oplyse strategitilpasningen i sammenhæng med disse forhold. Børsen fandt ikke, at selskabet havde overtrådt First North Rulebook og konkluderede derved som selskabet, at tilpasningen af strategien ikke i sig selv var et væsentligt, kursrelevant forhold.

### *3.1.2. Indholdsmæssige krav*

Helt generelt gælder det, at selskabsmeddelelser på First North indholdsmæssigt skal være korrekte, relevante og pålidelige og ikke må udelade forhold, som kan antages at påvirke vurderingen af disse oplysninger, jf. First North Rulebook pkt. 4.2 (a).

Et grovere eksempel på, at de indholdsmæssige krav ikke var opfyldt, er påtaleme over for selskabet Danventures A/S og dets certified adviser CDI Danmark i henholdsvis Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.4 og 1.5.

Selskabet offentliggjorde en selskabsmeddelelse, hvoraf det blandt andet fremgik, at et bestyrelsesmedlem udtrådte af bestyrelsen og erstattedes af den administrerende direktør, der var indvalgt på en afholdt ekstraordinær generalforsamling. Selskabet havde ikke offentliggjort indkaldelse til og forløb af den ekstraordinære generalforsamling. Selskabet offentliggjorde senere på Børsens foranledning en meddelelse, hvoraf det fremgik, at den tidligere meddelelse om ændringer i ledelsen på den ekstraordinære generalforsamling var fejlagtig. Der havde reelt alene været tale om en telefonsamtale mellem selskabets ledelse, hvilken selskabet dog havde betegnet en ekstraordinær generalforsamling. Der var således ikke blevet afholdt en ekstraordinær generalforsamling, og meddelelsen herom blev trukket tilbage. Børsen påtalte, at selskabet offentliggjorde en selskabsmeddelelse med fejlagtige oplysninger, jf. pkt. 4.2 (a) i First North Rulebook.

I samme sagsforløb fremgik det af certified advisers redegørelse til Børsen, at meddelelsen om fejlen var blevet godkendt af certified adviser, og sagsforløbet havde givet anledning til en indskærpelse over for selskabet, at der ikke blev foretaget selskabsretlige eller børsretlige ændringer uden, at det i god tid forudgående var blevet drøftet med certified adviser. Det var desuden aftalt, at alle procedurer vedrørende offentliggørelse af selskabsmeddelelser og aflæggelse af regnskab m.v. skulle strammes op. Børsen påtalte over for certified adviser, at denne ikke kunne forhindre, at selskabet offentliggjorde en selskabsmeddelelse med fejlagtige oplysninger, samt at selskabet med offentliggørelse af den fejlagtige meddelelse var med til at skabe usikkerhed om selskabets ledelsesmæssige forhold, jf. pkt. 5.2 i First North Rulebook.

Spørgsmålet om selskabsmeddelelsers indhold og fuldstændighed var også fremme i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.9 (*HIO Property Invest A/S*).<sup>10</sup> Selskabets certified adviser gjorde Børsen opmærksom på, at bestyrelsen i selskabet havde godkendt salg af et datterselskab uden offentliggørelse af en selskabsmeddelelse herom. Efter en henvendelse fra Børsen offentliggjorde selskabet en meddelelse om, at bestyrelsen havde godkendt salget af datterselskabet. Det blev desuden oplyst, at købesummen var hemmeligholdt, og i lyset af det seneste halvårsregnskab var bestyrelsen tilfreds med at have fundet en ny ejer til selskabet, hvilket ville lette afviklingen af moderselskabet og efterfølgende afnotering fra First North. Børsen anmodede blandt andet selskabet om at redegøre for baggrunden for, at meddelelsen om salget af datterselskabet ikke blev offentliggjort umiddelbart efter beslutningen herom, samt at overveje hvorvidt selskabsmeddelelsen om salget var tilstrækkelig fyldestgørende. Selskabet var nu under likvidation, hvorfor redegørelsen kom fra selskabets likvidator. Likvidator oplyste, at beslutningen om at sælge datterselskabet var truffet af den tidligere ledelse i selskabet, og at likvidator derfor ikke var bekendt med, hvorfor oplysninger om dette ikke blev offentliggjort i en selskabsmeddelelse. Af de foreliggende dokumenter fremgik det dog, at der var indgået aftale om, at aktierne i datterselskabet blev overdraget til et selskab, der var domineret af den hidtidige hovedaktionær i selskabet. Børsen fandt, at meddelelsen om salget af datterselskabet ikke var tilstrækkelig fyldestgørende. Blandt andet manglede der oplysninger om købesum, dato for salget samt købers identitet, hvilket var særlig relevant, da det viste sig, at denne var nærtstående til selskabet. Børsen påtalte over for selskabet, at det ikke offentliggjorde en meddelelse om salget af datterselskabet umiddelbart efter beslutningen om salget blev truffet. Børsen påtalte tillige, at meddelelsen om salget ikke var tilstrækkelig fyldestgørende og udelod forhold, som måtte antages at kunne påvirke vurderingen af konsekvenserne af salget af datterselskabet, First North Rulebook pkt. 4.2 (a).

I forhold til certified adviser fandt Børsen, jf. Afgørelse og udtalelser 2009 nr. 2.8, at denne løbende havde forsøgt at få alle relevante oplysninger fra selskabet til sikring af korrekt overholdelse af reglerne på First North. Selskabets administrerende direktør og bestyrelsesmedlem havde dog ikke været samarbejdsvillig, hvorfor certified adviser ikke havde fået de ønskede oplysninger. Børsen bemærkede tillige, at certified adviser havde informeret

<sup>10</sup> I Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.10 (*Guava A/S*) påtalte Børsen over for selskabet, som var optaget til handel på Premier-segmentet på First North og dermed undergivet en videregående oplysningsforpligtelse blandt andet i forbindelse med salg af større aktiviteter og selskaber, at det ikke i forbindelse med salg af et datterselskab havde offentliggjort en selskabsmeddelelse med et indhold svarende til kravene hertil i First North Rulebook pkt. 3.8 i Appendix L.

Børsen om, at selskabet havde frasolgt sit væsentligste datterselskab. Børsen fandt derfor, at certified adviser havde opfyldt sine forpligtelser efter First North Rulebook pkt. 5.2. Børsen forudsatte, at certified adviser i egenskab af certified adviser for selskabet ville bistå likvidator med at varetage selskabets oplysningsforpligtelse frem til selskabets sletning fra First North.

### 3.1.3. Offentliggørelsestidspunkt

Langt de fleste sager fra First North i perioden 2009 til første halvår 2011 vedrører manglende eller for sen offentliggørelse af selskabsmeddelelser, hovedsageligt i forbindelse afholdelse af generalforsamlinger og regnskabsmeddelelser.<sup>11</sup> Dette på trods af at reglerne om tidspunktet for offentliggørelse af disse periodiske selskabsmeddelelser er klare og præcise, og at der er tale om tilbagevendende begivenheder, som er forventelige i selskabernes årscyklus. Selskaberne og deres certified adviser har derfor på forhånd gode muligheder for at forholde sig til offentliggørelsesprocessen og fastlægge relevante procedurer for at sikre rettidig offentliggørelse af disse meddelelser.

Ud over det generelle krav om, at selskabsmeddelelser skal offentliggøres hurtigst muligt, følger det af First North Rulebook pkt. 4.9 (b), at beslutninger truffet på en generalforsamling skal offentliggøres umiddelbart efter generalforsamlingens afslutning. Alle fem påtaler fra første halvår 2011 vedrører denne problemstilling, i 2010 var der fire og i 2009 tre sager af denne type.

Til de mere alvorlige sager om manglende offentliggørelse af forløbet af en generalforsamling hører Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.8 (*HIO Property Invest A/S*), som i øvrigt viser, at selskabet fuldstændigt manglede evne og vilje til at opfylde forpligtelserne i forbindelse med optagelse til handel på First North.<sup>12</sup> Trods flere skriftlige rykkere samt gentagne telefoniske henvendelser til selskabet modtog Børsen ikke nogen redegørelse fra selskabet om, hvorfor en selskabsmeddelelse om forløbet af en ekstraordinær generalforsamling var offentliggjort fire dage efter generalforsamlingens afholdelse. Dette fandt Børsen yderst beklageligt og afsluttede sagen uden at have modtaget selskabets bemærkninger. Børsen påtalte, at selskabet ikke offentliggjorde forløbet af den ekstraordinære generalforsamling umiddelbart efter dennes afslutning.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Sagerne vedrørende offentliggørelse af regnskabsmeddelelser omtales nedenfor under 3.1.5.

<sup>12</sup> Dette bekræftes tillige af de to yderligere sager fra 2009, hvor selskabet fik påtaler, jf. Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.1 og 1.9.

<sup>13</sup> Certified adviser fik derimod ingen påtale i forbindelse med det pågældende sagsforløb, jf. Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.7 omtalt nedenfor under 3.2.

I Afgørelser og Udtalelser 2011 nr. 1.1 blev selskabets generalforsamling afholdt en fredag eftermiddag, og selskabet udformede og offentliggjorde meddelelsen den efterfølgende mandag inden markedets åbning. Det var selskabets opfattelse, at meddelelsen var offentliggjort rettidigt. Børsen bemærkede, at de tidsmæssige krav – »hurtigst muligt« og »umiddelbart efter...« – skal forstås således, at der ikke må gå længere tid, end hvad der er nødvendigt for, at selskabet kan udarbejde en selskabsmeddelelse. Beslutninger truffet på generalforsamlingen skal derfor offentliggøres samme dag som afholdelsen af generalforsamlingen og kan ikke udskydes med henvisning til, at Børsen på offentliggørelsestidspunktet er lukket. Børsen påtalte, at selskabet ikke umiddelbart efter generalforsamlingens afslutning havde offentliggjort referat derfra.

Se også Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.9 (*Lübker Golf A/S*) og 1.10 (*Sydbank*), hvor Børsen påtalte forholdet over for såvel selskabet som certified adviser. Selskabet afholdt ekstraordinær generalforsamling en fredag eftermiddag, og forløbet af generalforsamlingen blev offentliggjort sent søndag aften. Om baggrunden for den sene offentliggørelse henviste selskabet til, at der blev taget et særdeles detaljeret referat fra selskabets generalforsamling, og at udkastet til referat hen over weekenden blev gennemlæst og sammenholdt med notater fra mødet for at sikre, at alle omtalte forhold fremstod klare og tydelige. Der blev lagt stor vægt på, at alle spørgsmål og svar var indeholdt i det endelige referat, således at aktionærer, der ikke deltog, og markedet ville få samme oplysninger, som blev givet på generalforsamlingen. Børsen bemærkede hertil, at der ikke er krav om, at det fulde generalforsamlingsprotokollat offentliggøres. Der er alene tale om et beslutningsreferat. Børsen påtalte, at forløbet af den ekstraordinære generalforsamling ikke blev offentliggjort umiddelbart efter generalforsamlingens afslutning.

Forløbet blev som nævnt også påtalt over for certified adviser, selvom det af certified advisers redegørelse fremgik, at denne tidligere – gentagne gange – havde gjort selskabet opmærksom på, at der straks efter generalforsamlingen skal offentliggøres en meddelelse om forløbet. Certified adviser mente således ikke, at selskabets ledelse kunne være i tvivl om oplysningspligten, og selskabet havde da også tidligere overholdt reglen. Børsen bemærkede hertil, at certified adviser har en konkret forpligtelse til at kontrollere, at selskabet offentliggør forløbet af generalforsamlingen umiddelbart efter dens afslutning.

Påtalen over for certified adviser i den netop omtalte sag synes mere vidtgående og vanskelig forenelig med, at Børsen i Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.8 (*Advizer A/S*). Her fandt Børsen ikke, at certified adviser havde overtrådt sine forpligtelser efter First North Rulebook pkt. 5.2 i forbindelse med for sen offentliggørelse af forløbet af en generalforsamling. Certified adviser havde her forud for generalforsamlingens afholdelse gjort selskabet

opmærksom på pligten til at offentliggøre beslutninger fra generalforsamlingen umiddelbart efter generalforsamlingens afslutning.<sup>14</sup>

Endelig har såvel selskab som certified adviser fået påtaler i forbindelse med, at meddelelser om forløbet af generalforsamlinger blev offentliggjort henholdsvis fire,<sup>15</sup> to<sup>16</sup> og syv dage<sup>17</sup> efter afholdelsen af generalforsamlingen.

Til de mere klassiske overtrædelser af de tidsmæssige krav til offentliggørelse af væsentlige, kursrelevante forhold hører Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.7 (*GourmetBryggeriet A/S*), hvor der var tale om videregivelse af

<sup>14</sup> Forholdet blev derimod påtalt over for selskabet, jf. Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.7 (*Athena IT-Group A/S*), hvor Børsen blandt andet fremhævede, at dets certified adviser havde rådgivet selskabet om pligten til at offentliggøre beslutninger fra generalforsamlingen i umiddelbar forlængelse af generalforsamlingens afslutning. Det fremgik af sagen, at generalforsamlingen startede en fredag eftermiddag og først var afsluttet, efter at markedet lukkede. Da generalforsamlingen således sluttede efter markedets lukning, var det selskabets opfattelse, at selskabet havde levet op til sine oplysningsforpligtelser ved at offentliggøre referat fra generalforsamlingen inden markedets åbning den næste børsdag.

<sup>15</sup> I Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.2 og 2.3 skyldtes den fire dages forsinkede offentliggørelse en intern misforståelse om rollefordelingen mellem selskabets direktion/bestyrelse og dirigent om, hvem der udarbejdede selskabsmeddelelse om forløbet. Certified adviser oplyste, at der dagen før generalforsamlingen blev sendt en mail til selskabets direktør og bestyrelsesformand med gengivelse af oplysningsforpligtelserne i forbindelse med generalforsamlinger, og at der endvidere tre dage efter generalforsamlingen blev fremsendt en mail til selskabets direktør og bestyrelsesformand for at fremskynde offentliggørelsen af forløbet af generalforsamlingen.

<sup>16</sup> I dette tilfælde, jf. Afgørelser og Udtalelser 2011 nr. 1.2 og 1.3, fremgik det af selskabets redegørelse, som certified adviser også henviste til, at forsinkelsen på to dage skyldtes, at selskabets advokat først fik færdiggjort referatet dagen efter afholdelse af generalforsamlingen, samt at selskabets økonomidirektør, som den eneste med adgang til at offentliggøre selskabsmeddelelser, holdt fri den pågældende dag. Selskabet erkendte, at den manglende rettidige offentliggørelse var et resultat af uhensigtsmæssig planlægning, hvorfor selskabet straks ændrede proceduren. Børsen fandt det tillige beklageligt, at den offentliggjorte meddelelse ikke havde indeholdt navnet på certified adviser.

<sup>17</sup> Af disse sager, jf. Afgørelser og Udtalelser 2011 nr. 1.4 og 1.5, blev referatet udarbejdet umiddelbart efter generalforsamlingens afslutning, men ved en fejl først sendt til First North syv dage senere. Certified adviser modtog referatet umiddelbart efter generalforsamlingen og fik oplyst, at det ville blive uploadet omgående til Børsen, hvilket dog ikke skete. Udover at påtale den forsinkede offentliggørelse, fandt Børsen det beklageligt, at den offentliggjorte meddelelse ikke havde indeholdt navnet på certified adviser. Endelig påtalte Børsen over for certified adviser, at den person, der varetog forpligtelserne som certified adviser, ikke var godkendt som designated contact person, hvilket kræves efter First North Rulebook pkt. 5.1 (b).



oplysninger omfattet af oplysningspligten, uden at der samtidig hermed blev udsendt en selskabsmeddelelse til markedet som helhed og til First North.

Børsen blev kontaktet af selskabets certified adviser, som oplyste, at en række storaktionærer i selskabet var blevet kontaktet angående et salg af deres aktieposter i selskabet. Børsen konstaterede, at der et par dage herefter var en artikel på et nyhedsmedies hjemmeside, hvoraf det fremgik, at et børsnoteret selskab havde købt en majoritetsaktiepost i First North selskabet. Et medlem af selskabets direktion var citeret for, at der var indgået en aftale med det børsnoterede selskab. Selskabet offentliggjorde senere samme dag en meddelelse, hvoraf det fremgik, at selskabet havde indgået en betinget aftale med det børsnoterede selskab. På baggrund af artiklen på hjemmesiden lagde Børsen til grund, at journalisten havde været informeret om, at selskabet havde indgået aftale med det børsnoterede selskab. Børsen anmodede selskabet om en nærmere redegørelse. Det fremgik blandt andet heraf, at der løbende havde været henvendelser fra en række journalister om mulighederne for en eventuel konsolidering af selskabet med en anden aktør på det danske marked. Et medlem af selskabets direktion var således blevet kontaktet af en journalist, som spurgte ind til selskabets eksisterende samarbejde med det børsnoterede selskab. Journalisten spurgte målrettet ind til det børsnoterede selskabs tidligere udmeldinger om opkøb af et selskab, som det pågældende. Direktøren svarede, at han ikke kunne kommentere på dette, og at det indtil videre kun var rygter, som han ikke kunne bekræfte. Journalisten fortsatte med at spørge ind til det eksisterende samarbejde mellem det børsnoterede selskab og selskabet, hvortil direktøren svarede, at der senere samme dag vil komme en meddelelse. Det var selskabets opfattelse, at journalisten på baggrund af sin indsigt i selskabets samarbejde med det børsnoterede selskab, måske fra en anden kilde og af direktørens måde at svare på, selv kunne drage konklusioner, som var meget tæt på den endelige aftale. Selskabet oplyste endvidere, at der var mange faktuelle fejl i artiklen, hvilket efter selskabets opfattelse viste, at journalisten gættede sig til mange konklusioner vedrørende blandt andet værdiansættelse og ejerforhold. Børsen lagde til grund, at direktøren enten direkte eller indirekte havde informeret journalisten om, at selskabet havde indgået aftale med det børsnoterede selskab forud for offentliggørelse af en meddelelse herom, og at direktøren havde oplyst til journalisten, at der senere samme dag ville blive offentliggjort en meddelelse. Børsen påtalte derfor, at selskabets ledelse uden samtidig offentliggørelse af en selskabsmeddelelse havde givet oplysninger til pressen, som kunne forstås således, at der var indgået en aftale med det børsnoterede selskab, samt at selskabets ledelse gav oplysninger til pressen om, at der senere samme dag ville komme en meddelelse, hvilket kunne medvirke til at skabe usikkerhed i markedet.

Samme sagsforløb gav ikke anledning til en påtale over for certified adviser, jf. Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.6.<sup>18</sup>

#### 3.1.4. Offentliggørelsesmåden

Offentliggørelsesmåden for First North selskaber er nærmere fastlagt i First North Rulebook pkt. 4.2. Selskaberne skal blandt andet samtidig med offentliggørelsen af en selskabsmeddelelse til markedet give meddelelsen til First North, og meddelelsen skal hurtigst muligt herefter være tilgængelig på selskabets hjemmeside, jf. pkt. 4.2 (c). Det fremgår desuden eksplicit af pkt. 4.3, at selskaberne skal have deres egen hjemmeside, ligesom denne bestemmelse afgiver de nærmere krav til hjemmesidens indhold mv.

Det er således, at offentliggørelse på hjemmesiden ikke konstituerer eller kan erstatte offentliggørelsespligten over for markedet eller offentliggørelse via First North. Se således Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.1 (*adServing International A/S*) og 1.2 (*Eik Bank*), hvor Børsen over for såvel selskabet som dets certified adviser påtalte, at selskabets årsrapport ikke var offentliggjort rettidigt og via First North, og det uanset at årsrapporten havde været tilgængelig på selskabets hjemmeside.

I Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.7 (*NanoCover A/S*) påtalte Børsen, at selskabet ikke havde en hjemmeside, som opfyldte kravene i pkt. 4.3, idet selskabets hjemmeside for eksempel ikke indeholdt selskabets seneste selskabsmeddelelser, årsregnskab 2008, vedtægter mv., og i det hele taget fremstod, som om den ikke længere blev opdateret/benyttet.

Spørgsmålet om offentliggørelsesmåden var også fremme i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.11 (*Wannakey A/S*). I sagen blev Børsen af selskabets certified adviser informeret om, at der var sket overdragelse af majoritetsaktionærens aktiepost 3 måneder tidligere, og at dette ifølge certified adviser medførte tilbudspligt. Selskabet havde ikke offentliggjort en meddelelse herom, og der var hverken offentliggjort tilbudsdokument efter værdipapirhandelsloven eller givet storaktionærmeddelelse efter værdipapirhandelslovens § 29. Efter at Børsen havde rettet henvendelse til selskabet, lagde selskabet en meddelelse på dets hjemmeside. Det fremgik heraf, at majoritetsaktionærens aktiepost var overdraget til et af selskabets direktør domineret selskab uden betaling af vederlag, og at der i forbindelse med overdragelsen ville blive afgivet tilbud på køb af de resterende. Denne meddelelse blev dog først 7 dage senere offentliggjort via First North, hvilket Børsen påtalte over for selskabet. Børsen konstaterede i forbindelse med sagen, at der i selskabet havde været en vis usikkerhed og uvished om fremgangsmåden ved offentliggørelse af selskabsmeddelelser. Børsen understregede i den forbindelse nødvendigheden af, at selskabet havde en tilstrækkelig organisation og medarbejdere til at overholde selskabets oplysningsforpligtelser. Det blev

<sup>18</sup> Se nærmere nedenfor under 3.2.

endvidere over for Børsen oplyst af certified adviser, at selskabet ikke havde en hjemmeside. Selskabet bemærkede hertil, at hjemmesiden havde været under reetablering. Børsen konstaterede efterfølgende, at hjemmesiden var blevet genetableret. Børsen fandt det beklageligt, men påtalte ikke, at selskabet i en periode ikke havde haft sin egen hjemmeside.

I samme sagsforløb modtog certified adviser ikke nogen påtale, jf. Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.11. Derimod beklagede Børsen, at certified adviser ikke havde været tilstrækkelig opdateret om selskabets forhold til at sikre, at der blev offentliggjort oplysninger om overdragelsen af majoritetsaktionærens aktiepost, at certified adviser ikke var i stand til at forhindre, at selskabsmeddelelsen om overdragelsen af majoritetsaktionærens aktiepost var tilgængelig på selskabets hjemmeside 7 dage forud for offentliggørelse via First North, samt at certified adviser ikke havde været i stand til at sikre, at selskabets hjemmeside havde været tilgængelig. Begrundelsen, for at certified adviser trods den udviste passivitet over for selskabet ikke, som i andre lignende sager,<sup>19</sup> fik en påtale, er ikke åbenbar, men kan formentlig alene forklares med at certified adviser flere gange og på eget initiativ havde rettet henvendelse til Børsen.

### *3.1.5. Særligt om regnskabsmeddelelser*

First North selskaber skal i overensstemmelse med den generelle oplysningspligtbestemmelse i First North Rulebook pkt. 4.1 (a) offentliggøre de regnskabsmæssige meddelelser – årsrapport/årsregnskabsmeddelelse og halvårsrapport – hurtigst muligt, efter at de er godkendt af selskabets bestyrelse. Herudover følger det af pkt. 4.6, at årsrapport/årsregnskabsmeddelelse skal offentliggøres senest tre måneder efter udløbet af regnskabsåret, og halvårsrapport skal offentliggøres senest to måneder efter udløbet af regnskabsperioden.

Der er således ikke tvivl om, at regnskabsmeddelelserne skal være offentliggjort senest tre henholdsvis to måneder efter regnskabsperiodens udløb. Selskaberne er derfor forpligtet til at tilrettelægge proceduren om regnskabsaflæggelsen således, at disse tidsfrister kan overholdes, og certified adviser skal sikre og påse, at dette sker.

Børsens praksis såvel i forhold til First North som i forhold til selskaber på hovedmarkedet viser, at Børsen håndhæver de tidsmæssige krav til offentliggørelse af regnskabsmeddelelser strengt, således at selv mindre overskridelser medfører en påtale. Forhold, som at selskabets regnskabsaflæggelse for den pågældende periode er særlig kompliceret, påvirket af ekstraordinære forhold eller selskabets særlige situation, herunder igangværende

<sup>19</sup> Sammenlign eksempelvis med Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.5 (*CDI Danmark*) omtalt ovenfor under 3.1.2.

forhandlinger om salg af væsentlige aktiviteter eller rekonstruktion, kan ikke begrunde en overskridelse af fristen.

I Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.7 (*Athena IT-Group A/S*) konstaterede Børsen, at selskabet først dagen efter udløbet af tre måneders fristen for offentliggørelse af selskabets årsrapport for 2009/2010 offentliggjorde den. Det fremgik af selskabets redegørelse til Børsen, at certified adviser havde kontaktet First North med henblik på at drøfte udskydelse af offentliggørelse af selskabets årsregnskabsmeddelelse, idet selskabet var i gang med afsluttende forhandlinger vedrørende salg af nogle af selskabets aktiviteter. Selskabet fandt det derfor ikke kommercielt hensigtsmæssigt at offentliggøre en årsregnskabsmeddelelse, som nødvendigvis måtte orientere om de igangværende forhandlinger, inden forhandlingerne var endelig afsluttet. En offentliggørelse ville give selskabet en uhensigtsmæssig forhandlingsposition i de afsluttende forhandlinger med køber. Med hensyn til den mundtlige henvendelse til Børsen, bemærkede Børsen, at man på mundtlig forespørgsel alene kan udtale sig om, hvorvidt et selskab kan ændre dets finanskalender. En overskridelse af tre måneders fristen for offentliggørelse af et selskabs årsrapport ville have givet anledning til en skriftlig tilkendegivelse fra Børsens side. Børsen påtalte over for selskabet, at det ikke offentliggjorde selskabets årsregnskabsmeddelelse inden for tre måneders fristen.

I samme sagsforløb påtalte Børsen over for certified adviser, at denne i sin egenskab af certified adviser for selskabet ikke sikrede, at selskabet offentliggjorde årsrapporten inden for tre måneders fristen, jf. Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.8 (*Advizer K/S*).

I Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.1 (*HIO Property Invest A/S*) offentliggjorde selskabet ca. to måneder efter udløbet af regnskabsåret en meddelelse, hvoraf det fremgik, at datoen for den tidligere meddelte offentliggørelse af årsregnskabet for 2007/2008 blev udskudt ca. en uge. Årsagen var, at revision af et datterselskab ikke var afsluttet som følge af, at revisionen af en svensk ejendomsportefølje på grund af ferie ikke havde kunnet overholde den aftalte revisionsfrist. Det fremgik endvidere, at de danske revisorer dermed ikke kunne afslutte koncernregnskabet. Selskabet udskød efterfølgende flere gange datoen for offentliggørelse af årsregnskabsmeddelelsen, og den seneste udskydelse medførte, at årsregnskabsmeddelelsen ville blive og rent faktisk blev offentliggjort efter udløbet af tre måneders fristen, som var den 30. september 2008. Cirka en uge efter den sidste meddelelse om udskydelse af tidspunktet, offentliggjorde selskabet en meddelelse om nedjustering af årsresultatet og herefter blev selskabets årsregnskabsmeddelelse offentliggjort. Børsen anmodede selskabet om en nærmere redegørelse for forløbet og processen op til offentliggørelse af årsregnskabsmeddelelsen.

Det fremgik af selskabets redegørelse, at der havde været usikkerheder og tilsyneladende uhensigtsmæssig kommunikation mellem selskabets ejendomsadministrationsselskab og selskabets svenske og danske revisorer. Sel-

skabet oplyste, at der fremover ville blive udarbejdet skriftlige planer med detaljerede tidsfrister, som alle involverede parter forpligtede sig til med deres underskrift. Børsen påtalte over for bestyrelse og direktion, at selskabet ikke offentliggjorde sin årsregnskabsmeddelelse for 2007/2008 senest tre måneder efter udløbet af regnskabsperioden. Børsen påtalte tillige, at selskabet ikke havde sine procedurer og arbejdsprocesser tilrettelagt således, at selskabet var i stand til at offentliggøre sin årsregnskabsmeddelelse inden for tre måneders fristen. Endelig påtalte Børsen, at selskabet ikke på et tidligere tidspunkt konstaterede og offentliggjorde nedjusteringen af resultatet for 2008 i overensstemmelse med First North Rulebook pkt. 4.8 (a).<sup>20</sup>

I samme sagsforløb fandt Børsen, at selskabets certified adviser havde opfyldt sine forpligtelser, jf. Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.1.<sup>21</sup>

Viser det sig i forbindelse med udarbejdelsen af årsrapporten mv., at revisor ikke vil afgive såkaldt blank revisionspåtegning, følger det af First North Rulebook pkt. 4.7, at selskabet hurtigst muligt efter modtagelsen af den modificerede påtegning skal offentliggøre denne. Denne offentliggørelsespligt gælder enhver revisionspåtegning, som ikke i standardformat, og selvom selskabet selv eksempelvis i ledelsesberetningen har behandlet samme problemstilling.

Se således Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.5 (*KIF Håndbold Elite A/S*) og 1.6 (*Sydbank A/S*). Børsen konstaterede, at selskabet ikke havde offentliggjort revisors modificerede påtegning hurtigst muligt efter, at selskabet havde modtaget denne. Det fremgik af selskabets redegørelse, at revisors kommentar ikke var medtaget i årsregnskabsmeddelelsen, da selskabet havde vurderet, at ledelsen allerede havde udtrykt en lignende usikkerhed i beretningen. Certified adviser var af den opfattelse, at indholdet af de supplerende oplysninger i regnskabet fremgik af årsregnskabsmeddelelsen, idet denne indeholdt et langt og udførligt afsnit, som netop beskrev de usikkerheder, som revisor påpegede.<sup>22</sup> Børsen bemærkede hertil, at uanset at ledel-

<sup>20</sup> Det fremgår af pkt. 4.8 (a), at hvis et selskab, som har offentliggjort forventninger til resultat eller omsætning konstaterer, at forudsætningerne har ændret sig på en sådan måde, at resultatet forventes at afvige væsentligt fra det tidligere offentliggjorte, skal selskabet straks offentliggøre en meddelelse herom. Der er endvidere et krav om, at justeringer af tidligere udmeldte forventninger skal offentliggøres hurtigst muligt.

<sup>21</sup> Se nærmere nedenfor under 3.2.

<sup>22</sup> Certified adviser gjorde desuden gældende, at det ikke direkte fremgår af First North Rulebook pkt. 4.7, at supplerende oplysninger skal gengives under benævnelsen »supplerende oplysninger«. Børsen bemærkede hertil, at det af pkt. 4.7 fremgår, at selskabet skal offentliggøre enhver revisionspåtegning, som er »qualified«. Dette indebærer, at en revisionspåtegning, der er modificeret eller ikke er i et standardformat, skal offentliggøres. En revisionspåtegning anses for modificeret eller ikke i standardformat, hvis revisor har forsynet påtegningen med en supplerende oplysning, eller hvis revisor ikke kan udtrykke en konklusion

sen har udtrykt hele eller dele af den usikkerhed i ledelsesberetningen, som revisor gør opmærksom på i sin påtegning, skal revisors supplerende oplysning i påtegningen offentliggøres hurtigst muligt. Børsen påtalte over for selskabet, at revisors modificerede påtegning ikke var offentliggjort via First North hurtigst muligt efter, at selskabet havde modtaget denne. Over for certified adviser påtaltes det, at denne ikke havde sikret, at selskabet foretog en sådan offentliggørelse.

Endelig har der i perioden været en række sager, som har vedrørt forkert datering i forbindelse af regnskabsmeddelelser. Ingen af disse har dog givet anledning til påtaler, men Børsen har beklaget forholdet.<sup>23</sup>

### 3.2. Særligt om certified adviser

Med hensyn til de pligter, som påhviler certified adviser, har Børsen i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.12 præciseret, at »[e]n væsentlig forudsætning for at opfylde sine forpligtelser som Certified Adviser samt for opretholdelse af kvalitet og integritet på markedspladsen er, at Certified Adviser ikke blot informerer selskabet om dets forpligtelser i henhold til regelsættet, men konkret monitorerer de enkelte selskabers overholdelse heraf. Dette indebærer blandt andet, at Certified Adviser løbende holder sig opdateret om selskabets forhold ved at kontrollere selskabets offentliggjorte meddelelser, såfremt disse ikke på forhånd har været til gennemsyn hos Certified Adviser. Dette er en forudsætning for at være i stand til straks at opdage eventuelle regelbrud, at meddele eventuelle regelbrud til Børsen samt for at kunne iværksætte egen undersøgelse heraf som påkrævet i henhold til Regelsæt for First North.«

---

uden forbehold, hvis der er tale om en afkræftende konklusion, eller hvis en konklusion ikke kan udtrykkes.

<sup>23</sup> I Afgørelser og Udtalelser 2010 nr. 1.7 (*Athena IT-Group A/S*) fandt Børsen det således beklageligt, at det ved en fejl fremgik af årsrapporten, at denne var godkendt på en dato, som lå forud for den ordinære generalforsamling.

I Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.9 og 2.10 beklagede Børsen over for såvel selskabet som certified adviser, at ledelsespåtegningen på årsrapporten var dateret flere dage forud for dagen for årsrapportens offentliggørelse. Det forekom, baseret på certified advisers redegørelse, at rapporten, på datoen for ledelsespåtegningen, alene var betinget godkendt, og at denne datering således ikke var korrekt. Børsen fandt dog ikke, at der var grundlag for at påtale forholdet.

Tilsvarende i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.9 og 2.10, hvor Børsen over for to selskaber og deres certified adviser beklagede, at selskabernes ledelsespåtegninger på årsrapporten var dateret flere dage forud for dagen for årsrapporternes offentliggørelse. Det forekom, baseret på selskabernes og certified advisers redegørelser, at årsrapporterne, på datoerne for ledelsespåtegningerne, ikke var endeligt godkendt, og at disse dateringer således ikke var korrekte.

Som det er fremgået af flere af de ovenfor omtalte sager fra perioden 2009 til første halvår 2011 forekommer det fortsat, at Børsen i forbindelse med, at selskabet får en påtale, tillige påtaler, at certified adviser i forbindelse med sagsforløbet ikke har overholdt de forpligtelser, som følger af First North Rulebook pkt. 5.2. Dette har således i perioden været tilfældet i 10 sagsforløb.

Men der er også en række tilfælde, hvor det af sagen over for selskabet og certified adviser fremgår, at certified adviser har henledt Børsens opmærksomhed på forholdet eller på anden vis aktivt søgt at opfylde sin forpligtelse til at medvirke til og sikre, at selskabet overholder dets forpligtelser. I perioden har der således været 5 sagsforløb, hvor påtalen over for selskabet er fulgt af sager, hvor Børsen har fundet, at certified adviser ikke har tilsidesat sine forpligtelser.

Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.6,<sup>24</sup> 2.8<sup>25</sup> og 2.11<sup>26</sup> er eksempler på, at Børsen udtrykkeligt har fremhævet, at certified adviser på eget initiativ rettede henvendelse til Børsen vedrørende selskabets mulige overtrædelse af gældende regler.

De forhold, som i andre sager har været afgørende for, at det alene var selskabet og ikke tillige certified adviser, der har fået en påtale, kan illustreres med de tre sager, som alle i forhold til selskabet HOI Property Invest førte til påtaler.

I Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.1 om for sen offentliggørelse af selskabets årsregnskabsmeddelelse<sup>27</sup> fremhævede Børsen, at certified adviser løbende havde været i dialog med selskabet om dets forpligtelse til at offentliggøre korrekt og rettidig information. I forhold til den pågældende årsregnskabsmeddelelse havde certified adviser løbende haft kontakt til selskabet og de involverede svenske revisorer med henblik på at få selskabet til hurtigst muligt at offentliggøre meddelelsen. Selskabet var flere gange blevet rykket og oplyst om vigtigheden af at offentliggøre årsregnskabsmeddelelsen inden for den fastsatte frist. Udover løbende at have haft tæt kontakt til Børsen om processen, havde certified adviser sammen med selskabet iværksat tiltag for at sikre sig, at selskabet i fremtiden kunne overholde fristerne for offentliggørelse af regnskabsmeddelelser.

De tidsmæssigt senere afgørelser – Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.7 (for sen offentliggørelse af forløb af generalforsamling)<sup>28</sup> og nr. 2.8 (manglende offentliggørelse af meddelelse om salg af datterselskab)<sup>29</sup> – hvor sel-

<sup>24</sup> Sagen er omtalt ovenfor under 3.1.3.

<sup>25</sup> Sagen er omtalt ovenfor under 3.1.2.

<sup>26</sup> Sagen er omtalt ovenfor under 3.1.4.

<sup>27</sup> Sammenhold med Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.1 omtalt oven for under 3.1.3.

<sup>28</sup> Sammenhold med Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.8 omtalt oven for under 3.1.3.

<sup>29</sup> Sammenhold med Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.9 omtalt oven for under 3.1.2.

skabet reelt var eller i hvert fald var tæt på et sammenbrud, fremhævede Børsen specielt, at certified adviser havde forsøgt at lægge pres på selskabets ledelse, men at selskabets administrerende direktør og bestyrelsesmedlem ikke ønskede at samarbejde med certified adviser. I den sidstnævnte sag bemærkede Børsen desuden, at certified adviser af egen drift havde informeret Børsen om, at selskabet havde solgt datterselskabet. Under de givne omstændigheder fandtes certified adviser at have forsøgt at opfylde sine forpligtelser efter Frist North Rulebook pkt. 5.2, men selskabets ledelse havde forhindret dette.

Som et eksempel på at certified adviser i forbindelse med en konkret situation har opfyldt sin forpligtelse til at monitorere og informere selskabet om relevante problemstillinger og regler, se Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.6. I samme sagsforløb fik selskabet i Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 1.7 (*GourmetBryggeriet A/S*) en påtale for at have videregivet kursrelevante oplysninger – at et børsnoteret selskab havde købt aktiemajoriteten i selskabet – til en journalist uden samtidig offentliggørelse til markedet og First North.<sup>30</sup> Af certified advisers redegørelse til Børsen fremgik det blandt andet, at denne ikke var bekendt med, at selskabet havde kontakt til pressen forud for offentliggørelse af meddelelsen om salget af aktiemajoriteten til det børsnoterede selskab. Certified adviser var blevet gjort opmærksom på, at der var indledende salgsforhandlinger mellem det børsnoterede selskab og en storaktionær i selskabet, hvorefter certified adviser havde været i løbende kontakt med selskabets administrerende direktør, bestyrelsesformand og advokat vedrørende processen. Certified adviser havde i forbindelse hermed drøftet en række problemstillinger med de involverede, herunder at de sælgende aktionærer skulle orienteres skriftligt om deres insiderstatus, eventuel kontakt til Børsen om forventet aftale med det børsnoterede selskab, sikring af simultan offentliggørelse fra det børsnoterede selskab og selskabet, overtagelsesbekendtgørelsen samt karakteren af det materiale, som måtte forelægges det børsnoterede selskab. Certified adviser oplyste endvidere, at det var aftalt mellem denne og selskabet, at selskabet ikke skulle offentliggøre eller arrangere offentliggørelse af dokumenter uden forudgående samtykke fra certified adviser. På baggrund heraf fandt Børsen, at certified adviser havde overvåget selskabet i overensstemmelse med pkt. 5.2. First North Rulebook.

### **3.3. Uanmodet sletning**

Det fremgår af First North Rulebook, at Børsen som sanktion over for selskaber har mulighed for at slette selskabet fra handelen på First North, uden at selskabet har anmodet herom.

<sup>30</sup> Påtalen over for selskabet er omtalt ovenfor under 3.1.3.



Sletning kan blandt andet ske, *hvis* selskabet har begået en alvorlig overtrædelse af reglerne i First North Rulebook, *hvis* selskabet ved ikke at overholde regelsættet kan skade eller har skadet offentlighedens tillid til Børsen, First North eller værdipapirmarkedet, jf. First North Rulebook pkt. 7.2.1 (a) (iii), eller *hvis* selskabet ikke længere opfylder betingelserne for optagelse til handel på First North, jf. pkt. 7.2.2 (a). Tilfælde, hvor selskabet ikke længere opfylder optagelsesbetingelserne, eksemplificeres i pkt. 7.2.2 (c). Af denne bestemmelses (iii) fremgår, at såfremt et selskab gennemgår omfattende ændringer, herunder markante ændringer i ejerskab, kapitalgrundlag, selskabets aktiviteter, ledelse, navn, mv., således at Børsen ud fra en overordnet betragtning anser selskabet for at være et helt nyt selskab, skal Børsen tage stilling til, om selskabets aktier fortsat kan være optaget til handel på First North. I sådanne situationer, som ofte betegnes identitetsskifte, kan Børsen ligeledes på eget initiativ beslutte at slette et selskab.

I 2009 besluttede Børsen at slette NanoCover A/S fra First North, jf. Afgørelser og Udtalelser 2009 nr. 2.13, idet Børsen på baggrund af udviklingen i selskabet fandt, at det ikke længere opfyldte betingelserne for at være optaget til handel, jf. pkt. 7.2.2 (a) First North Rulebook. Børsen fremhævede særligt, *at* selskabet ikke længere havde nogen aktiviteter og reelt ikke havde haft det i mere end et år, *at* der i næsten to år havde været betydelig usikkerhed om selskabets økonomiske situation og aktiviteter, herunder usikkerhed om selskabets planer for fremtiden, *at* der ikke inden for disse to år var taget konkrete tiltag for at imødekomme denne usikkerhed, herunder at indsætte nye aktiviteter i selskabet, *at* selskabet ingen medarbejdere havde og dermed ikke en organisation, der var i stand til at opfylde forpligtelserne på First North, samt *at* selskabet gentagne gange havde overtrådt sine oplysningsforpligtelser i løbet af de seneste år, hvilket også indikerede, at selskabet ikke havde fokus på og brugte ressourcer på at leve op til at være et selskab optaget til handel på First North.<sup>31</sup>

Som tilfældet har været i andre sager om uanmodet sletning, skal der således endog ganske meget til, før Børsen anvender denne sanktion over for et selskab. Dette skyldes formentlig, at uanmodet sletning har ganske vidtgående konsekvenser for selskabet og ikke mindst dets tilbageværende aktionærer. Sletning sker kun, når sagsforløbet viser, at selskabet reelt og over længere tid hverken har evnet, haft mulighed for eller vilje til at overholde reglerne for First North selskaber.

#### 4. Afsluttende bemærkninger

First North sagerne fra 2007 og 2008 viste, at selskaberne og deres certified advisere i betydeligt omfang ikke løbende havde holdt sig ajour med de

<sup>31</sup> Børsen havde blandt andet i løbet af de seneste år givet selskabet fem påtaler for overtrædelse af bestemmelser i First North Rulebook.

gældende regler på First North og ændringer heri. En række påtaler relaterede sig således til manglende overholdelse af de nye og skærpede regler for First North, som blev gennemført i 2007. Denne problemstilling har ikke været aktuel i perioden 2009 til første halvår 2011, hvor der dog ej heller har været gennemført større og væsentlige ændringer i regelsættet for First North.

Gennemgangen af sagerne fra 2009 til første halvår 2011 synes at vise, at en række certified advisere i stigende omfang kontakter Børsen, når der opstår usikkerhed om, hvorvidt selskabet kan eller vil opfylde dets forpligtelser over for First North. Desuden er der flere sager, hvor det er dokumenteret, at certified adviser aktivt har monitoreret selskaberne med henblik på at sikre regeloverholdelse.

Heroverfor står dog det forhold, at der fortsat, selvom First Norths praksis ikke synes helt stringent, er et betydeligt antal påtaler på First North. I modsætning til sagerne på hovedmarkedet synes sagerne i perioden at vise, at selskaberne og deres certified advisere ikke har fuldt kendskab til de gældende reglerne og fortolkningen heraf, som den er kommet til udtryk i Børsens praksis. Desuden viser sagsforløbene, at overtrædelserne ofte kan tilskrives det forhold, at selskaberne hverken internt eller i forhold til eksterne partnere generelt eller i de konkrete tilfælde har fastlagt og anvendt forretningsgange og procedurer med henblik på at sikre overholdelse af gældende forpligtelser. Dette er et problem i forhold til såvel selskabets ledelse som dets certified adviser, som jo i denne relation spiller en helt central rolle på First North.

Når her til lægges, at First North sagerne i Afgørelser og Udtalelser fortsat udgør en uforholdsmæssig stor andel af det samlede antal sager, må det konkluderes, at selskaberne og deres certified advisere stadig har problemer med at overholde de gældende regler og at få fastlagt og anvendt de procedurer mv., som er en helt afgørende forudsætning for at have værdipapirer optaget til handel på et organiseret marked som First North. Dette er således fortsat en betydelig udfordring for selskabernes ledelse, certified adviser og ikke mindst for First North Copenhagen.

# Symbol- og signallovgivning i kriminalpolitisk perspektiv

af

*Thomas Elholm*

## 1. Indledning

I det følgende fremsættes nogle foreløbige overvejelser om det fænomen, som ofte omtales som signal- eller symbollovgivning.<sup>1</sup> Der anlægges fire perspektiver på fænomenet: Et sprogligt, et rettsociologisk, et juridisk og et debatterende.

## 2. Sprogligt perspektiv

I et lovforslag fra 2003 foreslog den daværende danske Justitsminister Lene Espersen, at der skulle indføres en særlig bestemmelse i straffeloven (strl.) om kvindelig omskæring. Omskæring af kvinder var på det tidspunkt kriminaliseret ved strl. § 245 om kvalificeret vold, men med lovforslagets vedtagelse blev der indført en særlig bestemmelse i strl. § 245 a, om kvindelig omskæring. Det fremgår af lovforslaget, at »[k]vindelig omskæring er i dag strafbart [...] men det foreslås at indsætte en ny, særlig straffelovsbestemmelse om kvindelig omskæring for stærkere at markere samfundets afstandtagen [...]«, jf. lovforslag nr. L 183, Folketingsåret 2003 (L 183, FT 2003). Det var med andre ord lovgivers behov for at signalere eller markere samfundets afstandtagen fra kvindelig omskæring, som førte til bestemmelsen. § 245 a tilføjede imidlertid ikke noget nyt, retstilstanden var for så vidt uændret, forbrydelsen havde blot fået nyt navn.

Forholdsvis kort tid senere opstod debat om, hvorvidt der skulle indføres endnu en særbestemmelse i strl. Denne gang om tortur. Tortur var også på det tidspunkt strafbart efter voldsbestemmelserne. Under debatten afviste Justitsministeren Lene Espersen flere gange at indføre en sådan bestemmelse, fordi tortur allerede var kriminaliseret. Generalsekretær i Amnesty International Danmark, Lars Normann Jørgensen, udtalte i den forbindelse:

<sup>1</sup> Artiklen er tidligere trykt i Andersson m.fl. (red): *Festskrift till Per Ole Träskman*, Norstedts Juridik 2011, s. 166-178.

»Regeringen fastholder, at indskrivning af tortur i dansk lovgivning ikke vil tilføre reglerne noget nyt. At der vil være tale om ren symbollovgivning. Men hvad er der galt med det? Symbollovgivning er signallovgivning og af værdi. [Der er et] skrigende behov for klare signaler [...]«.

Som det fremgår af de to citater, bruges ordene signal- eller symbollovgivning snart positivt, snart negativt, ja selv samme person (her Lene Espersen) bruger ordene til at argumentere for to forskellige resultater.

Da jeg satte mig for at undersøge begrebet signallovgivning nærmere, slog jeg op i Nydansk Ordbog, der også indeholder etymologiske henvisninger. Hverken symbol- eller signallovgivning, eller symbol- eller signalpolitik, optræder i ordbogen. Heller ikke Ordbog over det danske sprog, som er et kæmpe værk på adskillige tykke bind, indeholder de fire ord. Nye- re ordbøger på internettet gav samme nedslående resultat. Jeg henvendte mig derfor til Dansk Sprognævn, som fandt forespørgslen om ordenes oprindelse og betydning interessant. De vendte tilbage efter en uges tid med oplysning om, at første fund af ordet »symbollovgivning« i danske trykte medier stammer fra 1990. Derefter er der flere fund i løbet af 1990'erne. Ordet er dog formentlig lidt ældre, skriver Sprognævnet.

Sprognævnet skriver samtidigt, at ordene symbol- og signallovgivning anvendes i flæng. Sprognævnet foreslår dog følgende forholdsvis løse definition: Med symbollovgivning menes ofte lovgivning, der skal give indtryk af handlekraft ift. et påtrængende problem, men som reelt ikke gør en forskel. Heroverfor står signallovgivning, som ofte bruges om lovgivning, der primært skal sende et signal om et bestemt emne eller problem, men som der ikke nødvendigvis er noget stort behov for.

Der er altså ikke nogen officiel definition af ordene, og der er næppe nogen skarp grænse mellem symbol- og signallovgivning. De to ord bruges i flæng, således som Sprognævnet påpeger, og som det fremgår af citatet fra Normann Jørgensen ovenfor. I det følgende bruger jeg for nemheds skyld hovedsageligt ordet »signallovgivning«.

Jeg bruger i øvrigt ordet signalpolitik som overbegreb til signallovgivning. Der findes en masse signalpolitik, som ikke er lovgivning, f.eks. administrative beslutninger om øget ressourceforbrug i dele af skattevæsenet for at signalere kamp mod bestemte overtrædelser.

Jeg satte mig for at finde ud af, hvordan ordene er blevet brugt i danske medier. Databasen Infomedia indeholder indslag fra 450 danske medier, bl.a. artikler fra alle danske dagblade fra 1975 og frem. Som nævnt fandt Dansk Sprognævn et eksempel på anvendelse af ordet »symbolpolitik« fra 1990. Min søgning på ordet viste, at der i perioden frem til og med 1998

kun var 23 hits (altså 23 artikler eller indslag med dette ord). Ingen af de andre tre ord, signalpolitik og symbol- eller signallovgivning, optræder i databasens artikler.

Fra og med 1999 er der imidlertid over 5000 hits på de fire ord tilsammen (symbolpolitik ca. 3000 hits, signalpolitik ca. 1700 hits, signallovgivning ca. 280 hits og symbollovgivning ca. 250 hits).

Ordene optræder i forskellige politiske sammenhænge, hvoraf en hel del er kriminalpolitiske.<sup>2</sup> Det er vanskeligt at sige, hvornår ordet signalpolitik eller signallovgivning første gang optræder i kriminalpolitisk sammenhæng. Et godt bud kunne Justitsminister Frank Jensens udtalelse i forbindelse med et forslag om forbud mod maskering ved demonstrationer. Han udtaler:

»Man kan vælge at sige, at der fortsat er betænkeligheder i forhold til manglende muligheder for at håndhæve et forbud, men at vi alligevel sender et klart signal. Det er så vigtigt, at vi understreger, at der er tale om en signal-lovgivning, og at vi godt ved, at de autonome højst sandsynligt ikke vil respektere det.«<sup>3</sup>

Samlet om det sproglige perspektiv bemærkes, at der ikke findes nogen definition på dansk af ordet signal- eller symbollovgivning, men at ordene bruges i medierne fra 1990'erne og frem. Der er imidlertid kun ganske få hits på disse ord i tiden før 1999, mens der er relativt mange hits på disse ord fra 1999 og frem. Symbol og signal bruges i flæng, men de to ord bruges typisk om lovgivning, som 1) skal vise politikernes handlekraft, 2) skal sende et signal om et bestemt problem, 3) men ikke gør nogen reel forskel, og 4) som der ikke nødvendigvis er stort behov for. De fire elementer indgår i en karakteristik af signallovgivning, men de er ikke alle obligatoriske. Især det fjerde element kan ofte udelades. Afslutningsvis bemærkes, at signal- og symbollovgivning anvendes både i positiv og negativ betydning.

### 3. Rettssociologisk perspektiv

Selv om ordene signal- og symbollovgivning først bruges i almindelig sprogbrug og i danske medier fra 1990'erne og frem, kan fænomenet signallovgivning jo umærket have eksisteret længe. Elementer af signallovgivning, således som fænomenet er beskrevet oven for i almindelig sproglig sammenhæng, er for længst beskrevet i rettssociologisk sammenhæng. I det følgende gives blot enkelte eksempler fra rettssociologien. Der kunne givetvis nævnes andre.

<sup>2</sup> Her – og i det følgende – mener jeg kriminalpolitik i snæver forstand, dvs. vedrørende strafferetlige og straffeprocessretlige regler.

<sup>3</sup> Justitsminister, Frank Jensen, Politiken, 17.11.1999, 1. sektion, Side 7.

Den franske sociolog Emile Durkheims teorier fra slutningen af 1800-tallet og begyndelsen af 1900-tallet rummer tydeligvis flere af de elementer, som indgår i den ovenfor beskrevne betydning af signallovgivning. Durkheim er inde på, at love har en symbolsk funktion. De kan f.eks. være med til at skabe moralsk sammenhængskraft i samfundet. Netop en sådan funktion kunne man også tillægge moderne signallovgivning.

Men ifølge Durkheim virker en række love også ekskluderende. Sammenhængskraften skabes nemlig i visse tilfælde ved, at lovene proklamerer en fælles, ydre fjende. Det vil typisk være samfundets svageste, mindretallet og ofte de fattige. Det er et træk ved megen moderne signallovgivning, at den ofte angår et (lille) mindretal (f.eks. de der omskærer kvinder, de der går med burka eller de der masker sig ved demonstrationer), som bruges i signalgivningens tjeneste.

Springer vi ca. et halvt århundrede frem i retssociologien findes en interessant undersøgelse af nordmændene Aubert, Eckhoff og Sveri. De undersøgte formålet med og virkningerne af den norske hushjælpslov. Et af deres væsentlige fund var, at hushjælpslovens straffebestemmelser var vanskelige at håndhæve. Det skyldtes ifølge forfatterne, at loven var et kompromis mellem forskellige interesser. På den ene side skulle loven tilfredsstille de, som ønskede bedre forhold for hushjælperne. På den anden side var dele af lovgivningsmagten bange for, at myndighederne skulle blande sig for meget i, hvad der foregik bag hjemmets fire vægge. Den førstnævnte interesse blev tilgodeset med en række materielle regler til gavn for hushjælperne, den anden blev tilgodeset ved at svække håndhævelsesmulighederne. Begge parter har således fundet en »symbolsk tilfredsstillelse i lovens udformning« skriver forfatterne.<sup>4</sup> Nært forbundet med denne modsætning er det forhold, at det »nesten [er] som lovgiverne ønsker å ha sagt på samme tid at loven ikke vil medføre noen forandring, og at den vil medføre viktige forandringer«.<sup>5</sup> Analogien til moderne signallovgivning er tydelig. Det er et typisk træk ved signallovgivning, at lovene først og fremmest giver en symbolsk tilfredsstillelse, og at de ofte er vanskelige at håndhæve, således som det f.eks. fremgår af citatet ovenfor af Frank Jensen i forbindelse med loven om maskeringsforbud ved demonstrationer.

I nyere retssociologisk sammenhæng har franskmanden Loïs Wacquant været inde på loves symbolske funktion og nogle af de samme tanker om syndebukke, som Durkheim beskriver.<sup>6</sup> I løbet af Reagans præsidentperiode

<sup>4</sup> V. Aubert, T. Eckhoff og K. Sveri, *En lov i søkelyset. Sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*, Oslo, 1952, s. 184.

<sup>5</sup> Ibid. s. 178.

<sup>6</sup> Loïs Wacquant, *Fattigdommens fængsler*, København 2008.

voksende et nyt syn på kriminalitet og kriminalitetsbekæmpelse frem i USA, skriver Wacquant. Kriminalisering af fattigdom og normalisering af usikker tilknytning til arbejdsmarkedet blev gjort til formålet med straffelovgivningen. Det nye syn på kriminalitet havde nær forbindelse til højrefløjen i USA og dens slagord om frit marked, individuelt ansvar og patriarkalske værdier. Opfattelsen breder sig til Vesteuropa, især Storbritannien, og fangetallet stiger i mange vesteuropæiske lande som følge af den nye opfattelse. Fængsler er »big business«, og de svage og fattige er brændstoffet i maskineriet, ifølge Wacquant.<sup>7</sup>

I relation til signallovgivning er Wacquants tanker især interessante, fordi han beskriver forholdet mellem en ny tids kriminalpolitik og den form for lovgivning, der bærer signallovgivningens karakteristika.

I nyere dansk retssociologisk sammenhæng er signallovgivning især beskrevet og analyseret af Flemming Balvig.<sup>8</sup> Hans hovedpointe er, at signallovgivning indgår i et kriminalpolitisk paradigmeskifte, som han kalder det senmoderne paradigme. Det har præget den vestlige verden de sidste 20-30 år og indgået i forskellige regeringer under Carter, Reagan, Blair, Nyrup og Fogh. En række faktorer har ifølge Balvig skabt paradigmeskiftet. For det første velfærdsstaten og velfærdsteoriernes krise, der hænger sammen med erkendelsen af, at straf og behandling ikke virker. For det andet en stigende fremmedgørelse i samfundet (vi bor i store byer og er omgivet af fremmede mennesker) og for det tredje en stigende individualisering (eksistentielle holdepunkter som Gud & Mor erstattes af Politi & Læger). Paradigmeskiftet betyder, at hvor straf før skulle nedbringe kriminaliteten og resocialisere og være nyttelig, skal den nu sende de rette signaler, være repressiv, slå hårdt og konsekvent ned på forbryderne. Lovgivningen baseres i det senmoderne paradigme på emotionelle overvejelser (retsfølelsen) frem for rationelle argumenter (hvad der virker/virker ikke). Ekspertes udråbes til smagsdommere og kobles af lovgivningsprocessen.

Balvig analyserer tillige kriminalpolitikken i et magtperspektiv, hvor kriminalisering opfattes som resultatet af magtudøvelse. Lovene viser, hvem der har magten, og kriminaliseringens officielle mål (f.eks. kriminalitetsbekæmpelse) er facade-legitimeringer. Kriminalisering har navnlig tre funktioner. For det første en handlingsfunktion. Den skal på en enkel, synlig og let forståelig måde signalere, at der »gøres noget«, mens retshåndhævelse og virkninger af kriminaliseringen er mindre vigtig. Kriminalisering har endvi-

<sup>7</sup> Lois Waquant, *Fattigdommens fængsler*, København 2008, s. 15, 20, 21 ff. og 65 ff.

<sup>8</sup> De følgende afsnit om Flemming Balvig bygger på hans kapitel 16, om Social kontrol og sociale afvigelse, i Heine Andersen (red.): *Sociologi – en grundbog til et fag*, 4. udgave, København 2011, og på Flemming Balvig, »Da lov og orden kom til Danmark«, i *Social Kritik*, nr. 85, 2003, s. 38 ff.

dere en afledningsfunktion. Den skal aflede opmærksomheden fra samfundsforhold, som skaber aggression, ved at udstøde en eller flere samfundsgrupper (syndebukke). Endelig har kriminalisering en renovationsfunktion. Den skal rense gadebilledet for uønskede elementer ved at indespærre disse elementer.

Ifølge Balvig har den vestlige verden de sidste årtier været præget af repressiv straffelovgivning, der »primært præsenteres som udtryk for vigtigheden af at sende signaler og tilfredsstille befolkningens retsfølelse«. <sup>9</sup> Balvig understreger dog samtidigt, at udviklingstrækkene er præget af en vis kompleksitet. Kriminalpolitikken indeholder nemlig fortsat behandlingselementer og ønske om kriminalitetsbekæmpelse, selv om disse elementer skubbes i baggrunden.

Samlet bemærkes om det retssociologiske perspektiv, at træk af fænomenet signallovgivning genfindes i tidligere lovgivning. I hvert fald viser undersøgelser, at lovgivning også tidligere har været præget af elementer, som i dag forbindes med signallovgivning. Det retssociologiske perspektiv afslører også, at love har en symbolsk funktion, som ikke er ganske uvæsentlig. Den kan f.eks. være med til at skabe sammenhold og moralsk sammenhængskraft i samfundet. Samme funktion kan imidlertid også skabe modsætninger og syndebukke.

De ældre retssociologiske undersøgelser, som Durkheims og Auberts m.fl., sammenholdt med Wacquants og Balvigs, viser efter min mening, at mens lovenes virkninger tidligere var lovgivers primære overvejelse om kriminalisering og lovenes symbolske funktion sekundært, så har det senmoderne paradigmeskifte ført til, at lovgiver opfatter lovenes symbolske funktion for det primære, mens virkninger og kriminalitetsbekæmpelse er sekundært. Dette skift starter i Danmark i 1990'erne efter udenlandsk forbillede og på tværs af partipolitiske skel.

## 4. Juridisk perspektiv

### 4.1. Løs definition, tre kategorier

Selv om der både i medierne og i fagsammenhæng ofte tales om signallovgivning, så findes der – så vidt jeg ved – ingen undersøgelse af, hvor udbredt signallovgivning er i Danmark. Jeg har derfor foretaget en lille undersøgelse ved at gennemlæse alle danske lovforslag, som siden 1999 er vedtaget og har ført til ændringer af straffeloven. Formålet med undersøgelsen var at fastslå, hvor ofte lovforslag kunne siges at være udtryk for signallovgivning. Til brug for undersøgelsen anvendte jeg følgende definition: Signallovgivning er lovforslag, 1) hvis primære formål er signalering af en be-

<sup>9</sup> Balvig 2011, kapitel 16.



stemt holdning, som 2) fremsættes uden reel interesse for virkningerne, og ofte 3) uden interesse for problemets reelle omfang.

De to første led i definitionen er obligatoriske, mens den tredje kan være en indikation på, at der er tale om signallovgivning, men ikke nødvendigvis indgår i al signallovgivning.

Der er tale om en forholdsvis løs definition, som indebærer visse vanskeligheder ved anvendelsen, og som indebærer et problematisk skønselement. Der er f.eks. et vidtgående skøn forbundet med at afgøre, hvad et lovforslag har som sit »primære formål«, og om det fremsættes uden »reel interesse for virkningerne«. Til den her foretagne undersøgelse er definitionen imidlertid alligevel tilstrækkelig. Den kan nemlig godt give et fingerpeg om, hvor udbredt signallovgivning er. Som det vil fremgå af det følgende, kan definitionen også anvendes til kategorisering af forskellige typer signallove. Endelig bemærkes, at selve begrebet signallovgivning vel i sit væsen indeholder elementer af skøn og subjektivitet. Hvorvidt et lovforslag er udtryk for signallovgivning vil i en række tilfælde være »en strid om ord« og afhænge af øjnene, der ser.

Undersøgelsen gav anledning til inddeling af lovforslagene i tre kategorier. Den første kategori er den mest oplagte form for signallovgivning (de love, som passer bedst på definitionen). Lovene i den anden kategori indeholder elementer, som kan problematiseres i forhold til definitionen, men som dog i overvejende grad må anses for signallovgivning. Den tredje kategori rummer lovforslag, som det i større grad er tvivlsomt, om man kan kalde signallovgivning.

#### **4.2. Første kategori – ny etiket, samme vin**

Til den første kategori, og de mest oplagte/sikre eksempler på signallovgivning, hører de lovforslag, hvor der blot sættes et andet navn på en forbrydelse.

Her har undersøgelsen ført til fire fund. Der er tale om lovforslag, som i alle tilfælde er fremsat af Lene Espersen, som på fremsættelsestidspunktet var Justitsminister i den højreorienterede Venstre-Konservative regering. I 2002 foreslog hun en ny bestemmelse i strl. om terrorisme, fordi »Regeringen ønsker i højere grad at signalere, at terrorisme [...] er uacceptabelt« (L 35, FT 2001-02). Ligeledes i 2002 foreslås en ny bestemmelse i strl. om menneskehandel for at styrke det »strafferetlige værn« mod menneskehandel, og fordi en sådan bestemmelse har »en vis signalværdi« (L 118, FT 2001-02). I 2003 foreslås en ny bestemmelse i strl. om kvindelig omskæring »for stærkere at markere samfundets afstandtagen« (L 183, FT 2003), og endelig i 2007 en ny bestemmelse i strl. om tortur, fordi den vil være »vel-

egnet til at markere, at tortur er en meget alvorlig forbrydelse« (L 98, FT 2007-08).

De nævnte forslag medfører ikke nykriminaliseringer, og som hovedregel heller ikke ændrede strafferammer og/eller udmålingspraksis. De ændrer med andre ord ikke reelt retstilstanden. Den eneste forskel er, at disse forbrydelser får et nyt navn. I stedet for vold eller ulovlig tvang m.m. hedder det nu terrorisme, menneskehandel, tortur og kvindelig omskæring.<sup>10</sup> Det er muligt, at lovgiver dermed håber på, at lovene vil virke mere præventive, men dette ønske er – som det også fremgår af citaterne fra forarbejderne – i bedste fald sekundært. Disse love har højst sandsynligt ingen kriminalpræventiv effekt. Det væsentligste er samfundets markering eller signalering af en bestemt holdning. Derfor passer ordet signallovgivning særlig godt på disse fire lovforslag.

#### **4.3. Anden kategori – højere strafferammer og/eller skærpet udmåling**

Der findes i løbet af de sidste 10 år en stribe eksempler på, at lovgiver kriminaliserer nye handlinger, hæver strafferammerne og/eller tilsigter skærpet strafudmåling. Dermed sker en reel ændring af retstilstanden, og det kan derfor ikke helt udelukkes, at virkningerne af disse forslag er afgørende for lovgiver. Det sker dog typisk på retsområder, hvor der næppe er nogen præventiv effekt forbundet med stramninger, og hvor politikerne næppe kan have troet på en sådan effekt. I flere tilfælde fremgår det endog udtrykkeligt af forarbejderne eller andre steder, at lovgiver ikke tror på nogen effekt. Derfor passer ordet signallovgivning også godt på disse lovforslag: Det er signalet, og ikke virkningerne, der er væsentligst. Det drejer sig om følgende (vedtagne) forslag til straffelovsændringer – alle fremsat af forskellige, daværende justitsministre (fra både Socialdemokratiet og Det Konservative Folkeparti):

- Maskeforbud ved demonstrationer (nykriminalisering), L 196 (FT 1999-2000)
- Brugstyveri af biler (strafskærpelse), L 118 (FT 2001-02)

<sup>10</sup> Jeg er klar over, at visse af de nævnte forslag indeholder andre elementer, som faktisk indebærer en ændring af retstilstanden. F.eks. betød vedtagelsen af forslaget om kvindelig omskæring en udvidelse af de danske jurisdiktionsregler. Denne udvidelse kunne dog være sket uden indførelse af den særlige bestemmelse i strl. § 245 a. Bestemmelsen om terrorisme førte til en forhøjelse af strafferammerne for visse forbrydelser (f.eks. hærværk begået med terrorforsæt), men det har næppe praktisk relevans. Derfor ser jeg bort fra nævnte ændringer.

- Forbrydelser der skyldes forurettedes lovlige ytringer i offentlig debat (skærpende omstændighed), L 40 (2005-06)<sup>11</sup>
- Seksuel udnyttelse af børn i udlandet (nykriminalisering), L 200 (FT 2005-06)
- Besiddelse af narko til eget brug (strafskærpelse), L 201 (FT 2006-07)
- Ulovlig tvang i.f.m. tvangsægteskaber (strafskærpelse), L 68 (FT 2007-08)
- Skydevåben (ny § i strl. og strafskærpelse), L 171 (FT 2007-08)
- Bandeopgør (strafskærpelse), L 211 (FT 2008-09)
- Offentlig ro og orden (strafskærpelse), L 49 (FT 2009-10)
- Ungdomskriminalitet (kriminel lavalder sænket til 14 år), L 164 (FT 2009-10)
- Vanvidskørsel (strafskærpelse), L 179 (FT 2009-20)

#### **4.4. Tredje kategori – proportionalitet**

En tredje kategori består af lovforslag, som mange sikkert vil opfatte som signallovgivning, men lovgivers begrundelse for forslagene giver dog alligevel anledning til overveje, om der reelt er tale om signallovgivning. Det drejer sig om i alt fem lovforslag i den pågældende periode, hvor lovgiver foreslår forhøjelse af strafferammerne og/eller skærpet strafudmåling af følgende grunde:

- For at straffen bedre skal afspejle krænkelse af ofret (L 118, FT 2001-01)(L 161, FT 2004-05)(L 186, FT 2007-08))
- For at modernisere strafferammerne så de svarer til nutidens retsopfattelse (L 99, FT 2003-04)
- For at give straffens stregthed rette proportionalitet i forhold til forbrydelsen (L 181, FT 2009-10)

De pågældende lovforslag har givetvis en væsentlig signalværdi. De skærpede straffe skal markere den alvor, hvormed samfundet ser på forbrydelserne. Men samtidigt antyder lovgivers begrundelse, at hensigten er en justering af strafferammerne og/eller straffene, så der kommer et rimeligt forhold mellem forbrydelse og straf (evt. forbrydelse og strafferamme). Dermed er disse forslags væsentligste anliggende sikring af proportionalitetsprincippet. Kan man da kalde det signallovgivning? Det er i hvert fald en anden form for signal end det, som ellers ligger i begrebet signallovgivning: Mens signallovgivning i kategori 1 og 2 har signalering af en bestemt holdning eller samfundets generelle afstandtagen fra visse typer af handlinger som deres primære formål, så er det primære formål med forslagene i denne

<sup>11</sup> Det kan diskuteres, om dette forslag burde have været i kategori 1. Det er nemlig uklart, om der var tilsigtet en skærpelse af udmålingspraksis.

tredje kategori strafferammesystemets indre sammenhæng og/eller proportionaliteten af den konkret udmålte straf.

Denne tredje kategori viser, at der mellem signallovgivning og proportionalitetshensyn muligvis er en tæt forbindelse. Den kyniske ville sige, at det er let for politikerne at give signallovgivning et ædelt skin af proportionalitetshensyn. Den slags pæne henvisninger til proportionalitet er i virkeligheden blot lovgivning, hvis primære formål er signalering til forbryderne og promovning af politikerne. På den anden side er det vel ikke hensigtsmæssigt at kalde enhver strafforhøjelse, der skal sikre proportionalitetsprincippet, for signallovgivning? Den meget begrænsede plads i denne artikel tillader desværre ikke nærmere drøftelse i af dette – formentlig grundlæggende – problem, men kategoriseringen er i hvert fald med til at pege på problemet.

#### **4.5. Retsanvendelsen**

Gennemgangen ovenfor tager udgangspunkt i lovgiverspektivet, men hvordan ser det ud, hvis man anlægger retsanvenderens perspektiv? De snævre rammer for denne artikel tillader kun enkelte bemærkninger herom. For det første: De nye bestemmelser i strl., som lovforslagene i kategori 1 har medført, anvendes meget sjældent i praksis (dog med undtagelse af § 264 a om menneskehandel).

For det andet: Når de anvendes, giver de ofte anledning til juridiske fortolkningsproblemer. Et eksempel er U 2009.1453 H, der vedrørte rækkevidden af strl. § 114 b om terrorfinansiering. Centralt i sagen var definitionen af begrebet terrorisme. De tiltalte blev idømt frihedsstraffe for at have solgt T-shirts med det erklærede formål, at overskuddet skulle sendes til FARC i Colombia og PFLP i Mellemosten. Højesteret gjorde imidlertid straffen betinget, fordi der var tvivl om bestemmelsens anvendelse.

Det kan også nævnes, at en ændring af våbenloven i de sidste år har givet anledning til usikkerhed i praksis om strafudmålingen. Da min undersøgelse imidlertid angår straffelovsændringer, går jeg ikke nærmere ind på speciallovsbestemmelser.

For det tredje: Ændringerne omfattet af lovforslagene i kategori 2 har i modsætning til kategori 1 i høj grad af praktisk relevans. Som følge af de mange skærpedelser er strafmassen steget. En ny undersøgelse viser, at strafmassen for f.eks. vold er steget med 34 % fra 2001 til 2009.<sup>12</sup> De samfundsmæssige konsekvenser af lovforslagene i kategori 2 er således anseelige.

<sup>12</sup> Jf. Justitsministeriet, Pressemeldelse af fredag 19. november 2010.

#### **4.6. Samlet om det juridiske perspektiv**

Undersøgelsen af (vedtagne) lovforslag til ændring af strl. i perioden 1999-2010 omfatter ca. 40 love. Heraf kan ca. halvdelen karakteriseres som signallovgivning. Resultatet afhænger naturligvis af, hvordan man definerer og vurderer signallovgivning. Selv om min definition, og anvendelsen af den, kan kritiseres, er det dog alligevel efter min opfattelse grundlag for at sige, at signallovgivning er udbredt i denne periode (1999-2010). Det er imidlertid også værd at bemærke, at mange lovforslag IKKE falder ind under definitionen af signallovgivning (ca. halvdelen). Dertil kommer, at signallovgivningen ofte kun er et element i de pågældende lovforslag, som rummer mange andre – ikke signallovgivningsagtige – elementer.

Det er endvidere værd at bemærke, at selv om signalet vel nok er den primære årsag til fremsættelsen af forslagene om signallovgivning, så ligger der måske alligevel et skjult ønske om en præventiv virkning. Ønsket kan man jo altid have, selv om virkeligheden går en imod.

Undersøgelsen omfatter lovforslag i perioden 1999-2010, men også i tiden før er der lovforslag, som passer til definitionen af signallovgivning. I løbet af 1990'erne fremsatte den socialdemokratisk ledede regering under Poul Nyrup Rasmussen to lovpakker, der skærpede straffene for vold. Disse lovforslag kan absolut anses for signallovgivning. Jeg har ikke systematisk gennemgået lovforslag fra perioden før 1999, men jeg tør alligevel sige, at der ikke er så mange forslag i tiden før 1999, der kan karakteriseres som signallovgivning.

Undersøgelsen viser endnu et interessant element. I flere tilfælde er signalet nu (altså i perioden efter 1999) den officielle begrundelse for fremsættelsen af lovforslaget. Det fremgår i flere tilfælde direkte af forarbejderne og endvidere af flere af citaterne ovenfor i afsnit 4.2. Det er et træk, som er typisk for signallovgivning efter 1999, men ikke for lovforslagene fra før 1999.

Som eksemplerne viser, er der i retspraksis i flere tilfælde problemer ved retsanvendelsen. Lovgiver formulerer sig i en række tilfælde således, at loven skal sende »klare signaler til lovovertrederne«, men man må sige, at signalerne ikke altid er tydelige eller præcise for retsanvender.

Undersøgelsen her omfatter ændringer af straffeloven. Der er med sikkerhed mange ændringer af speciallove de sidste 10-15 år, som kan siges at være signallovgivning. Jeg tænker bl.a. på ændringer i våbenloven (den såkaldte knivlov og loven om kamphunde). Det er imidlertid et meget omfattende arbejde at skulle gå alle ændringer af speciallovene igennem.

Det sidste forhold, som bør bemærkes i forbindelse med det juridiske perspektiv, er, at mange af signallovene har rod i internationale retsakter. De fire eksempler i kategori 1 er således alle inspireret af internationale forhold

eller direkte udmøntning af internationale retsakter. I intet af tilfældene kræver international ret dog, at der indføres de pågældende, særlige bestemmelser i straffeloven, som Danmark har gjort. De ændringer af straffeloven i perioden 1999-2010, som er resultatet af krav fra international ret, har jeg valgt ikke at definere som signallovgivning i denne undersøgelse.

## 5. Debatperspektiv

### 5.1. Signallovgivning er den repressive kriminalpolitikks yndlingsret

Som undersøgelsen viser, er der et klart sammenfald mellem brug af ordet signallovgivning i danske medier og den moderne kriminalpolitik, som har præget dansk strafferet siden slutningen af 1990'erne. Ligeledes er der et klart sammenfald mellem udbredelsen af fænomenet signallovgivning og den samme kriminalpolitik. Det er ingen tilfældighed. Signallovgivning passer perfekt til nutidens repressive kriminalpolitik. De politiske partier, som for cirka 10-12 år siden besluttede sig for at føre en repressiv kriminalpolitik, var nødt til at finde en ny begrundelse for deres lovforslag. Hidtil havde kriminalpolitiske forslag i et vist omfang været baseret på overvejelser om kriminalitetsbekæmpelse, men med den nye repressive kriminalpolitik – som beviseligt ikke forhindrede kriminalitet – måtte politikerne finde en anden begrundelse og et andet formål med lovgivningen. Det var nærliggende at gøre signalet til det primære formål med ny, repressiv straffelovgivning, og henvise virkningerne af lovforslagene til en (i bedste fald) sekundær plads.

### 5.2. Godt

Set med politikernes briller (tilhængerne af den repressive kriminalpolitik) er der en række fordele forbundet med signallovgivning. For det første kan eksperterne kobles af lovgivningsprocessen. Man behøver ikke eksperter til at fortælle sig, hvilke signaler man ønsker at sende. Det er baseret på intuition, på følelse, på retsfølelse. For det andet kan lovgivningsprocessen speedes op. Der behøves ikke lange udredninger eller udvalgsarbejder. En hurtig lovproces er nødvendig i den ny kriminalpolitikks æra. Der skal handles hurtigt for at vise handlekraft og få mest mulig signaleffekt. For det tredje er signallovgivning velegnet til at få politikerne til at fremstå som handlekraftige. Signallovgivning får måske endog politikerne til at fremstå mere troværdige, fordi de åbent og ærligt siger, at signalet er primært og lovenes virkninger sekundært. Det er ærlig snak. Og endelig, for det fjerde, har signallovgivning et genialt succeskriterium: Virkningerne af lovgivningen er jo sekundær; formålet med loven er opnået, når signalerne opfanges, ja måske endog blot afsendes!

I en bredere samfundsmæssig sammenhæng har signallovgivning også en række fordele. Det er karakteristisk for signallovgivning, at den fremhæver en lovs symbolske funktion. Denne funktion er vigtig og nyttig. Den kan forene modstridende interesser (som den norske hushjælpslov), og den kan give moralsk sammenhængskraft til et samfund (jf. Durkheim).

Signallovgivning er endvidere en hurtig, let og billig måde at handle på, når samfundet står over for et problem. Sådanne egenskaber er af stor værdi anno 2011, hvor samfundsudviklingen går stærkt, og hvor der via medier og internet hurtigt opstår et politisk pres for handling. Det gælder måske især på strafferettens område. Signallovgivning kan være med til at »tage tryk- ket« i ophedede situationer, hvor befolkningen kræver handling.

Ikke al signallovgivning er dog billig. Lovforslagene i kategori 1 er en billig måde at handle på, mens lovforslagene i kategori 2 har ført til stigende strafmasse de senere år og således været omkostningskrævende.

### 5.3. Skidt

Loves symbolske funktion og signalværdi er givetvis nyttig, jf. ovenfor. Signalværdien bør dog efter min mening være sekundær. Det bør være en bonus, der følger af en i øvrigt velfungerende lov. Det er u hensigtsmæssigt for en stat at se bort fra virkningerne og lægge størst vægt på signalet. Det ender jo med et samfund, som trækker rundt på en række u hensigtsmæssige fænomener, blot fordi politikerne ønsker at signalere dette eller hint. Det er en risikabel strategi at se bort fra lovens virkninger og hastigt at vedtage lovgivning uden nærmere analyser af behov og konsekvenser. Det giver risiko for uheldige samfundsmæssige konsekvenser. Også for retssystemet er det problematisk. I det praktiske retsliv kan det være vanskeligt at tyde signalloves signaler.

En anden væsentlig ulempe ved signallovgivning er, at den er »skruen uden ende«. Signallovgivningen er, som det fremgår ovenfor, nært forbundet med den repressive kriminalpolitik. Er man først slået ind på den vej, er det vanskeligt at vende om. Hvis man sætter sin troværdighed ind på at hævde, at kriminalpolitiske problemer må mødes med repressive tiltag, så vil en mildere kriminalpolitik (eller blot status quo) fremtræde uansvarligt.

En tredje ulempe ved signallovgivning er, at den fører til en usammenhængende straffelovgivning. Signallovgivning bliver ofte til på baggrund af enkeltsager eller efter særlig fokus på et enkelt retsområde. Når kvindelig omskæring får en særlig bestemmelse i strl., så vil andre særlige voldsformer potentielt også kunne føre til samme behov. Det fører til en kasuistisk lovteknik, der bryder fundamentalt med den gængse. Det vil også ofte føre til højere strafferammer eller straffe på ét område, uden hensyn til rammerne og straffene på andre områder. Dermed trues sammenhængen i systemet.

En fjerde ulempe ved signallovgivningen er, at retsfølelsen (flertallets) vinder over enhver modforestilling. Signallovgivning afskærer saglig diskussion om lovgivningens hensigtsmæssige og uhensigtsmæssige virkninger. Den handler om at tilfredsstille flertallets behov for at signalere egne værdier.

Der er to yderligere ulemper, som ikke nødvendigvis følger af signallovgivning, men som ikke desto mindre ofte er forbundet med signallovgivningen. Den ene ulempe er, at signallovgivningen ofte retter sig mod en lille og svag samfundsgruppe. De er – eller bliver – sydebukke og marginaliseret, jf. Durkheims og Wacquants teorier. Det behøver naturligvis ikke være tilfældet. Signallovgivning kan også angå de brede befolkningslag, f.eks. inden for skattestrafferetten. Den anden ulempe er, at signallovgivning fjerner fokus og ressourcer fra samfundets reelle problemer og fra de effektive løsninger. Signallovgivning bliver samfundets hurtige og lette reaktion på et akut problem, mens den dyberegående analyse og mere omfattende, holdbare løsning glemmes.

Det er vigtigt at holde fast i, at signallovgivning kan have en række positive konsekvenser, og at signal- eller symbolværdien af en lov ofte – og med rette – har en fremtrædende plads. Samlet set er der dog efter min mening ikke tvivl om, at ulemperne ved at gøre signalet til det eneste (eller det primære) formål med lovgivningen klart overskygger fordelene. Mange politikere ser det måske anderledes.



# At studere juridiske eliter

af

*Ole Hammerslev*

Den juridiske profession er tilbagevendende genstand for forskning inden for professionssociologien, retssociologien og for elitesociologien. Interessen for den juridiske profession ligger på flere planer. For det første betragtes medlemmerne af i hvert fald dele af den juridiske profession som en del af eliten i de vestlige samfund, herunder Danmark og resten af Norden. For det andet anses den juridiske profession som en måde at studere ret på, hvor ret anses som havende et bærende eller undertrykkende potentiale alt efter, hvilken synsvinkel man tager. For det tredje er den juridiske profession interessant som indgang til at studere staten og konstruktionen af markeder, da jurister næsten per definition har bidraget til opbygningen af de vestlige stater, som vi kender dem i dag. Ved at forstå den juridiske profession kan man således også forstå magt, stat, ret og samfundet generelt.

Denne artikel diskuterer på baggrund af et studie af danske dommere,<sup>1</sup> *hvordan juridiske eliter kan undersøges, samt hvilke fordele og ulemper der er forbundet ved undersøgelsesdesignet*. Artiklen vil først diskutere klassiske nordiske retssociologiske studier, der har baggrund i henholdsvis konsensus- og konfliktstudier, hvorefter metodologien i et studie af danske dommere i det 20. århundrede diskuteres.

## 1. Klassiske nordiske studier af den juridiske profession

I Norden har den juridiske profession og juridiske eliter været undersøgt ud fra to forskellige teoretiske retninger: Ud fra et konsensusperspektiv ved Vilhelm Aubert og fra et konfliktperspektiv ved Thomas Mathiesen.<sup>2</sup>

Med sine studier af de roller og funktioner, som retten, retlige institutioner og den juridiske profession udfylder i samfundet, lagde Aubert fundamentet til den nordiske retssociologiske forskning af den juridiske profession. Ved at benytte en historisk sociologi med teoretisk inspiration fra Talcott Parsons spurgte Aubert til udviklingen af de roller og funktioner, som retten, retlige institutioner og den juridiske profession har udfyldt i udviklingen af den moderne norske stat.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Se *Hammerslev* 2003; se også *Hammerslev* 2005.

<sup>2</sup> Se *Hammerslev* 2008, 31:81-100.

<sup>3</sup> Se *Parsons* 1939:39-49; *Parsons* 1952:370-385; *Parsons* 1962:60-68.

Ved empirisk at undersøge antallet af medlemmer af forskellige dele af den juridiske profession analyserede Aubert, hvordan samfundet er organiseret og hvordan det løser sine konflikter. Antallet af jurister i forskellige dele af professionen indikerer, hvilke typer af eksperter og hvilken form for ekspertise samfundet behøver for at opretholde den sociale orden.<sup>4</sup> På baggrund af statistik og af et stort materiale vedrørende juristers biografier fandt Aubert, at den juridiske profession var en af de største professioner i det norske samfund i 1800-tallet, og den havde ansatte i de mest centrale positioner i samfundet: I administrationen, inden for handel, positioner inden for udviklingen af infrastruktur og finanssektoren samt inden for politik. Aubert konkluderede, at den juridiske profession havde en altafgørende betydning for udviklingen af den moderne stat og det økonomiske felt. Aubert argumenterede for, at et samfundsmæssigt behov for jurister eksisterede, da de havde en »tillids-skabende funktion«. Jurister tilhørte elitesamfundet, hvorfor de kunne have en integrerende rolle i udviklingen af staten og økonomien. Med udviklingen af velfærdsstaten fra midten af det 20. århundrede skete der dog et skift, idet andre professioner vandt frem med andre måder at løse konflikter og agere, og disse overtog mange af de positioner, juristerne tidligere havde domineret. Herudfra konkluderede Aubert, at den juridiske profession erstattes af andre professioner særligt inden for staten.<sup>5</sup>

Via biografisk materiale om topositionerne i det juridiske felt undersøgte Thomas Mathiesen, hvordan den norske juridiske profession deltager i opretholdelsen af kapitalistiske samfundsstrukturer. Den juridiske overklasse udgør en del af en distinkt elite, og de deltager i skabelsen af en specifik retsudvikling ved at deltage i lovkommissioner, direktioner, nævn mv. Gennem forskellige måder at legitimere en retlig udvikling baseret på kapitalistiske og dominerende forestillinger bidrager de til, at eksisterende magtstrukturer opretholdes.<sup>6</sup>

## 2. Danske dommere i det 20. århundrede

I et studie af udviklingen af den danske juridiske profession med særligt fokus på danske dommere foretaget af denne forfatter undersøgtes bl.a. to problemstillinger inspireret af de to ovennævnte traditioner:

1. Overtager andre ekspertgrupper traditionelle retlige positioner i det juridiske felt (funktionalisme/Aubert)

<sup>4</sup> Aubert 1964, 77:300-320; Aubert 1976:1-17.

<sup>5</sup> Med inspiration fra Aubert gennemførtes siden lignende studier både i Danmark og Sverige, der konkluderede det samme som Aubert. Dog peger Bertilsson i den svenske undersøgelse på, at på trods af juristers marginalisering inden for en række områder, særligt i staten, opdyrker de nye markeder. Ved at specialisere og uddifferentiere sig har jurister styrket deres ekspertviden og herved på en række områder styrket deres kontrol over retlige spørgsmål. Bertilsson 1995; Blegvad 1973; Blegvad 1975:224-255.

<sup>6</sup> Mathiesen 1979. Om udviklingen i Finland se fx Konttinen 1991, 16:497-526; Konttinen 2003:101-121.

2. Former danske dommere en distinkt elite tæt sammenhængende med andre dele af staten og andre dele af eliten? (Marx/Mathiesen)

### 2.1. Marginaliseres den danske juridiske profession?

For at undersøge, om den danske juridiske profession marginaliseres, følges Auberts tilgang, hvor det statistisk måles, hvorvidt antallet af jurister inden for de enkelte dele af professionen stiger. Dette sammenholdes med den samlede stigning i det samfundsvidenskabelige rum.

Som det kan ses i tabel 1, stiger antallet af uddannede jurister op gennem det 20. århundrede fra 3.363 i 1928 til 15.384 i 2000:

Tabel 1: Antallet af jurister 1928-2000 i udvalgte år

År	1928	1940	1946	1952	1965	1985	1990	2000
Antal jurister	3.363	4.289	5.039	6.154	7.107	9.324	11.275	15.384

Ud fra antallet af jurister alene tyder det altså ikke på, at danske jurister marginaliseres gennem det 20. århundrede. Antallet af jurister må dog sammenholdes med antallet af andre professioner og uddannede for at kunne fortælle, hvorvidt jurister erstattes af andre.

Tabel 2 viser antallet af juridiske dimittender sammenholdt med antallet af andre samfundsvidenskabelige dimittender i perioden 1898-1997. Som det fremgår, udgjorde jurister det altdominerende antal, 93 %, af de samfundsvidenskabelige dimittender i slutningen af 1800-tallet. På trods af at andre grupper entrerer det samfundsvidenskabelige rum, dominerer jurister i høj grad indtil 1970-erne, hvor det procentvise antal dog er faldet til 67. Hen mod slutningen af det 20. århundrede er tallet faldet til 13 %. Særligt erhvervsøkonomer er kommet til ligesom generelle samfundsvidenskabelige dimittender. På baggrund af disse tal tyder det på, at ikke alene er det samfundsvidenskabelige rum blevet større, men også at den juridiske profession er blevet relativt mindre i det samlede rum.

Tabel 2: Distributionen af samfundsvidenskabelige dimittender % (n) 1898-1997

År	1897- 1898	1908- 1909	1918- 1919	1928- 1929	1938- 1939	1948- 1949	1958- 1959	1967- 1968	1977- 1978	1987- 1988	1996- 1997
Almen samfunds- videnskab	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	25 (435)	29 (696)	26 (1,147)
Erhvervsøkonomi	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	0 (1)	3 (9)	10 (173)	25 (600)	33 (1,487)
Økonomi	3 (2)	6 (6)	13 (17)	10 (18)	13 (26)	13 (43)	18 (38)	21 (63)	9 (151)	8 (187)	11 (483)
Jura	93 (68)	94 (96)	87 (111)	89 (132)	84 (170)	86 (289)	80 (166)	67 (203)	24 (417)	22 (537)	13 (581)
Statskundskab og sociologi	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	1 (3)	15 (259)	5 (131)	10 (455)
Psykologi etc.	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	(0)	5 (16)	12 (206)	7 (175)	5 (215)
Anden samfunds- videnskab	4 (3)	(0)	(0)	1 (1)	3 (6)	1 (4)	1 (2)	3 (10)	4 (73)	4 (99)	2 (87)
Total	100 (73)	100 (102)	100 (128)	100 (151)	100 (202)	100 (336)	99 (207)	100 (304)	99 (1,714)	100 (2,425)	100 (4,455)

Det var ud fra sådanne figurer, at Aubert og efterfølgende studier pegede på, at jurister marginaliseres. Dog er det en vanskelig konklusion at drage, idet stigningen i antallet af jurister numerisk er så markant. Tallene tyder dog på, som Bertilsson også påpeger i en tilsvarende svensk undersøgelse, at jurister finder nye markeder for deres ekspertise.<sup>7</sup>

Næste skridt er at undersøge fordelingen internt i den juridiske profession ift. ansættelsesområde. Som det fremgår af tabel 3, kan man følge den eksplosive vækst af jurister i den offentlige forvaltning efter anden verdenskrig samt i antallet af advokater og andre, som for hovedpartens vedkommende formentlig dækker over privatansatte jurister. Som det ses, er den gruppe, der forholdsmæssigt er vokset mindst, dommerne. Ud fra Auberts synsvinkel, hvor jurister er bærere af en specifik form for ekspertise – den juridiske – betyder det, at retten bevæger sig væk fra domstolene og ud til andre samfundsmæssige institutioner. Med andre ord betyder domstolene samfundsmæssigt forholdsvist mindre i dag end tidligere.

<sup>7</sup> Bertilsson 1995.

Tabel 3: Juristers ansættelsessted (n/%)

År	1928	1940	1952	1985	1990	2000
Centraladministrationen	431(13)	758(18)	1.289(21)	2.575(28)	2.530(22)	3.215(21)
Amter og kommuner	191(6)	347(8)	464(8)	969(10)	1.024(9)	1.309(9)
Advokater	1.075(32)	1.393(32)	1.840(30)	3.400(36)	3.500(31)	4.153(27)
Dommere	179(5)	180(4)	212(4)	261(3)	264(2)	320(2)
Andre	1.487(44)	1.605(37)	2.349(38)	2.380(26)	4.221(37)	6.387(42)
Total	3.363	4.283	6.154	9.324	11.275	15.384

På trods af den store stigning i antallet af nyuddannede jurister i den offentlige sektor kan det ses, når tallene sammenholdes med andre nyuddannede kandidater ansat i den offentlige sektor, jf. tabel 4, at jurister i den offentlige sektor i 1965 udgjorde 81 %, mens de i 2001 udgjorde 39 %. Det er særligt forskellige former for dimittender uddannet inden for statskundskab, der har vundet ind i administrationen ligesom andre samfundsvidenskabelige kandidater.

Tabel 4: Nyuddannede medlemmer af DJØF ansat i den offentlige sektor (%)

	1965	1970	1975	1979	1985	2001
Jurist	81	70	55	54	51	39
Økonomi	18	24	34	26	24	20
Statskundskab mm.	0	3	4	10	11	20
Andre	1	3	7	10	14	19
Total	100	100	100	100	100	98

Ud fra tallene kan det med rette siges, som Aubert og Blegvad også påviste, at jurister i høj grad har skabt og udviklet den moderne stat.<sup>8</sup> Efter anden verdenskrig har andre professioner langsomt vundet ind og overtaget juristernes domæne, mens det stadigt stigende antal jurister tyder på, at den juridiske profession har fundet nye domæner for deres ekspertise. Særligt tyder tallene på, at dommere får en stadig mindre samfundsmæssig betydning, da samfundets konfliktløsning bevæger sig væk fra domstolene.<sup>9</sup>

## 2.2. Udgør danske dommere en distinkt elite?

For at undersøge om danske dommere udgør en distinkt elite, og herved forfølge Mathiesens forskningsspørgsmål, undersøges den sociale, uddannelsesmæssige og karrieremæssige baggrund for alle danske dommere i 1925, 1950, 1975 og år 2000. Denne historiske tilgang er et sociologisk værktøj, der benyttes til at vise kontinui-

<sup>8</sup> Aubert 1976; Blegvad 1973.

<sup>9</sup> Retligt kan dette synspunkt naturligvis anfægtes, da domstolene stadig spiller en stor rolle internt i det juridiske system. Forskellig statistik understøtter dog konklusionen, jf. Hammerslev 2003.

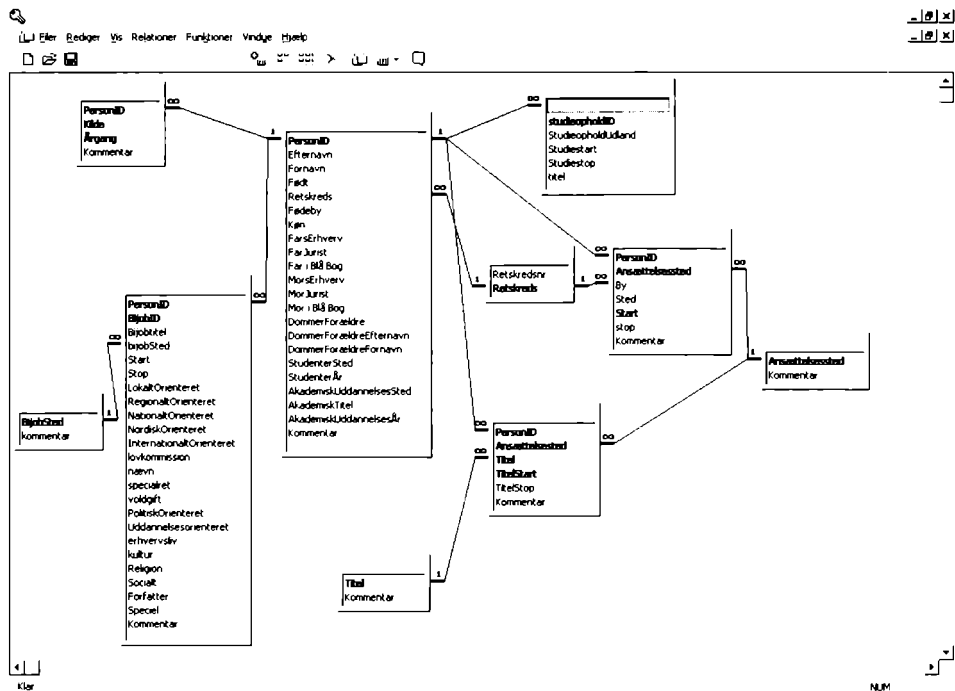
teter og forandringer. Ved at medtage alle dommere og ikke blot de dommere, der via deres ansættelse er placeret højest i det juridiske system (højesteret og landsret), bliver det muligt at undersøge, om der er forskel i dommernes ressourcer i forhold til, hvor de ender. Herved kan det også ses, om der ikke alene eksisterer et formelt hierarkisk forhold mellem de enkelte domstole, men også om der eksisterer et socialt hierarki. Dette er en pointe i sig selv, og en yderligere tilføjelse til tidligere studier. Dommernes baggrunde er fundet ved at benytte biografiske opslagsværker som *Kraks Blå Bog* og *Juridisk Stat*, hvor oplysninger om hovedparten af dommerne i de enkelte år fremgår. De fleste data blev indtastet i en relationel Access-database. Dataene blev indtastet i følgende formular:

The form is titled 'PersonID' and contains the following sections:

- Personoplysninger:** Fields for Elternavn, Fornavn, Født, Retskreds, Fødested, and Køn.
- Forældreoplysninger:** Fields for Førelt, Følulist, Far i Blå Bog, Mor i Blå Bog, Maklert, and DommerForældre.
- Uddannelsesoplysninger:** Fields for StudierSted, StudierÅr, AKUddsted, AKTrel, and AKUddÅr.
- Kilde:** A table with columns 'Kilde' and 'Årgang'. A dropdown menu shows 'Blå Bog' and a pagination indicator 'Post: 14 af 1'.
- Studieophold udland:** A table with columns 'StudieopholdUdland', 'Studiestart', 'Studiestop', and 'titel'. A dropdown menu shows 'StudieopholdUdland' and a pagination indicator 'Post: 14 af 1'.
- Ansættelsested:** A table with columns 'Ansættelsested', 'Retskreds', 'Sted', 'Start', 'stop', and 'Kommentar'. A dropdown menu shows 'Ansættelsested' and a pagination indicator 'Post: 14 af 1'.
- Titel:** A table with columns 'Ansættelsested', 'Titel', 'TitelStart', 'TitelStop', and 'Kommentar'. A dropdown menu shows 'Ansættelsested' and a pagination indicator 'Post: 14 af 1'.
- Bijob:** A table with columns 'Bijobtitel', 'bijobSted', 'Start', 'Stop', 'Loka', 'Regi', 'Natio', 'Nordisk', 'Intern', 'lovkom', 'nævn', 'voldgift', 'special', and 'Politik'. A dropdown menu shows 'Bijobtitel' and a pagination indicator 'Post: 14 af 1'.

At the bottom of the form, there is a status bar with the text 'Post: 14 af 902' and 'Formulærvisning'.

Denne indtastning er forholdsvis ressourcekrævende. Dataene gemmer sig automatisk i de rigtige tabeller i den bagvedliggende database. Af databasens tabeller og enkelte felter fremgår, hvilke oplysninger der i dette studie er valgt at tage med:



Alle oplysningerne kan herefter trækkes, som man ønsker. Som det ses, er der medtaget oplysninger om dommemes baggrund (fødselsår, køn, fødeby, forældres erhverv, om forældre var jurist, om forældre var dommer, om forældre var i *Kraks Blå Bog*, dommerforældres navn, studentersted og -år, akademisk uddannelsesinstitution, titel, og dimissionsår). Ydermere er der medtaget oplysninger om dommerens fuldstændige karriereveje (ansættelsessted, titel, år for ansættelserne) samt de opgivne bierhverv, forfatterskaber m.m. Endelig er oplysninger om eventuelle udenlandsophold medtaget. En datakørsel på, hvilke gymnasier højesteretsdommerne fra 2000 har gået på, vil se ud som nedenstående:

Navn	Efternavn	Fornavn	Fødselsår	Indfødsland	Stilling	Titel	Titel 2	Titel 3	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling	Stilling
1	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
2	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
3	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
4	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
5	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
6	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
7	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
8	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
9	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
10	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
11	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
12	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
13	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
14	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
15	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
16	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
17	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
18	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
19	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													
20	Andersen	Lars	1840	Danmark	Dommer													

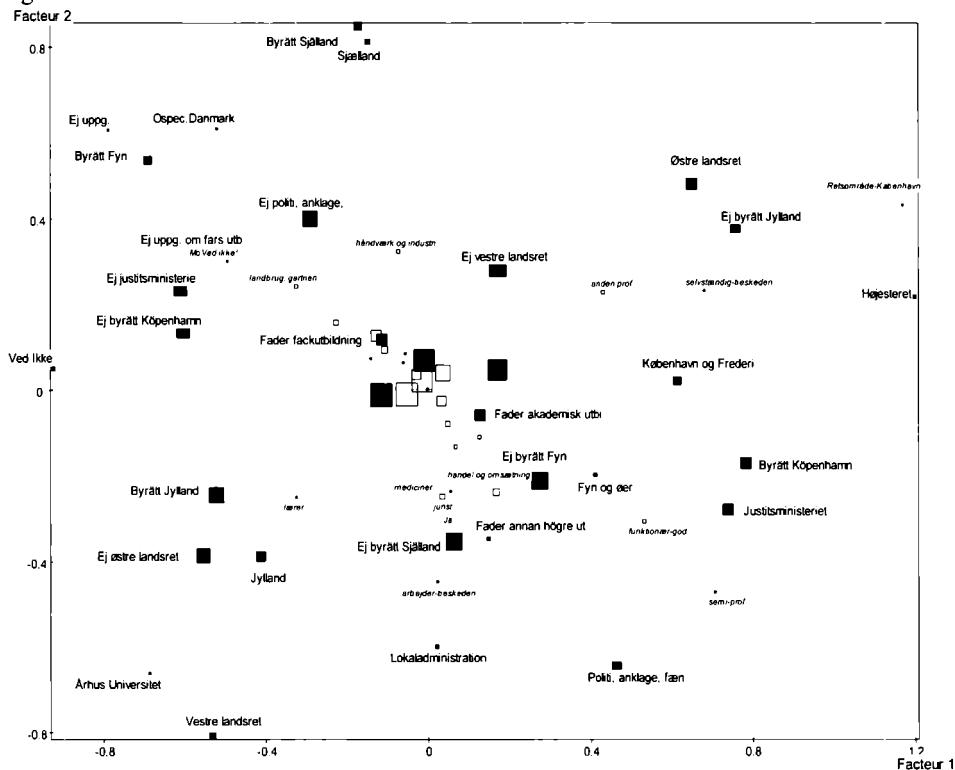
Det er disse data, der via de unikke koder dommerne automatisk får i databasen, der kan benyttes i de videre analyser. Ved analyser over tid er der dog flere kodningsproblemer, der er nødvendige at forholde sig til. Her skal blot diskuteres enkelte af dem. For det første skal man forholde sig til, om samme stillingskategori over tid altid vil have den samme position i det sociale rum, eller om der sker nogle skred i samfundsudviklingen, der gør, at en tidligere prestigefyldt position devalueres relativt. Dette vil få indvirkning på, hvordan kodningen kan ske. Som eksempel på dette kan nævnes en »telegrafbestyrer« eller en »stationsforstander«. Et andet eksempel er om kategorien »juristfar« er god, idet der er store forskelle mellem de positioner i det juridiske felt, titlen som jurist giver adgang til. Nogle fædre var uddannet med den danske juridiske grad (exam. jur.) inden 1936, mens andre fædre var uddannet cand. jur. og både havde været nationalbankdirektører og justitsministre. Ved statistiske analyser er disse forskelle vanskelige at indfange, og man må nøje overveje betydningerne af sådanne spørgsmål i kodningsprocessen og de videre statistiske analyser.<sup>10</sup>

For at komme ud over prædefinerede forståelser af positionerne i det, der kan kaldes dommerfeltet og hermed lade relationerne mellem de forskellige positioner – og ikke de formelle og geografiske positioner – være bestemmende for analysen, er det forsøgt at lave en korrespondanceanalyse. Korrespondanceanalyse kan vise sammenhængen mellem en række forskellige data som en multipel dataanalyse. Det betyder, at de forskellige dommer-karakteristika fremkommer i forhold til deres sammenhæng med andre karakteristika. Resultatet kan ses af billedet for dommerne i år 1975 nedenfor i figur 4:

<sup>10</sup> Se om reflektive sociologiske værktøjer til at overkomme sådanne problemstillinger i Hammerslev et al. 2009.



Figur 4



Figuren skal tolkes således, at de positioner, der fordeler sig hhv. på højre og venstre side af den lodrette akse, er tættest på hinanden og derfor deler størst grad af karakteristika. Som det ses, har geografien en høj grad af forklaringskraft. Punkterne på venstre side af den lodrette akse fordeler sig som dommere ansat uden for København og udenfor de i København beliggende domstole Østre Landsret og Højesteret. Disse dommere kommer typisk fra Jylland og er uddannet på Aarhus Universitet og kommer fra familier, hvor fædrene er håndværksmæssigt uddannet eller arbejder inden for landbrug eller med håndværk og industri. På højre side af akserne er dommerne fra Københavns Byret, Østre Landsret og Højesteret. Disse kommer typisk fra København og Frederiksberg og har typisk læst på Københavns Universitet. Deres fædre er mellemlangt uddannet eller uddannet ved universiteterne, evt. som jurist, og arbejder inden for handel og omsætning, som selvstændig eller som funktionær. I modsætning til dommerne på venstre side af den lodrette akse går deres karriereveje typisk gennem Justitsministeriet og politiet og anklagemyndigheden, og de har som hovedregel ikke været ansat uden for københavnsområdet. Figuren viser med andre ord, at der er en sammenhæng mellem social baggrund, uddannelsessted, karrierevej og ansættelsessted. Dommerne i Københavns Byret, Østre Landsret og Højesteret har således mere social, kulturel og bureaukratisk kapital end dommerne ved de resterende domstole.

### 3. Konklusion

Ud fra ovenstående type studie kan det konkluderes, at danske dommere erstattes af andre typer af konfliktlødere i samfundet, ligesom den juridiske profession som helhed er blevet erstattet i nogle af deres tidligere forholdsvis monopoliserede stillinger. Til gengæld tyder mængden af uddannede jurister på, at de har bredt deres ekspertviden ud og fundet nye områder at beskæftige sig indenfor.

Samtidig kan det konkluderes, i hvert fald ud fra data om dommere i 1975, at der internt i dommerfeltet er forskel på dommeres baggrund, og hvor dommerne ved Københavns Byret, Østre Landsret og Højesteret udgør en distinkt elitegruppe, der i deres ressourceprofil- og mængde adskiller sig fra resten af dommerfeltet. De har mere social og kulturel kapital, ligesom de typisk har en baggrund i det bureaukratiske felt via institutioner som Justitsministeriet, politiet og anklagemyndigheden.

Dette er naturligvis interessante og værdifulde konklusioner, som netop er den form for studiers styrke. De viser om og hvor jurister har bidraget til opbygningen af den moderne stat, ligesom de viser, at der sker en selektering ved rekrutteringen til domstolene.

En kritik af denne type studier er, at de ikke giver oplysninger om, hvordan jurister har bidraget til opbygningen af den moderne stat, samt at de ikke kan belyse, hvor og hvordan strukturerne reproduceres. Ydermere er det ganske vanskeligt at svare på det oplagte spørgsmål: Og hvad så? Hvad betyder det så, at der ikke sker en ligelig rekruttering til domstolene ift. dommeres sociale og kulturelle ressourcer? Hvad er de samfundsmæssige konsekvenser? Har det overhovedet nogen betydning? Et andet problem er, at undersøgelsens data ikke kan relateres til retten og herved vise de retlige konsekvenser af rekrutteringsmønstrene til domstolene. Det bliver antagelser og udledninger fra andre studier, hvis man konkluderer, at dommeres baggrund har en betydning for deres habituelle dispositioner, og at det herved har en betydning for, hvordan de dømmer – eller hvis man konkluderer det modsatte. Herudover kan det ikke ses, hvilke andre positioner dommere udfylder og spil, de deltager i. På hvilke områder og hvordan driver dommere for eksempel retspolitik, og på hvilke områder, retlige som ikke-retlige, tager de del i for eksempel internationaliseringsbestrebelse? Man kan med andre ord ikke umiddelbart aflæse de dobbeltroller, dommere indtager via ovenstående data.

Hvis sådanne spørgsmål skal besvares, må de ovenfor diskutererede former for kvantitative data enten suppleres med udfyldende former for kvantitative data eller suppleres med kvalitative former for undersøgelser og eventuelt må forskningsspørgsmålene redefineres til at omhandle skabelsen eller forandringen af specifikke logikker, agendaer eller institutioner, hvor dommere sammen med andre spiller en rolle.

## Litteratur

- Aubert V. 1964. Norske jurister: En yrkesgruppe gjennom 150 år. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 77: 300-320.
- 1976. The Changing Role of Law and Lawyers in Nineteenth- and Twentieth-Century Norwegian Society. In *Lawyers in Their Social Setting*, ed DN MacCormick, 1-17. Edinburgh.
- Bertilsson Med. 1995. *Rätten i Förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Stockholm: Nerenius & Santerus Förlag.
- Blegvad B-M. 1973. Juristernes rolle i samfundet. Copenhagen: Nyt fra Samfundsvidenskaberne.
- 1975. De juridiske eksperter – tre professioner. In *Eksperterne og magten: Professionelles rolle i organisationer og samfund*, ed Heal Gullestrup, 224-255. København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck.
- Hammerslev, O. 2003. *Danish Judges in the 20th Century: A Socio-Legal Study* Copenhagen, DJØF Publishing.
- 2005, "How to Study Danish Judges," *In Theory and Method in Socio-Legal Research*, R. Banakar & M. Travers, eds., Oxford: Hart Publishing, pp. 203-214.
- 2008. Skandinaviske studier af den juridiske profession. *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 31, (121) 81-100.
- Hammerslev, O., Arnholtz Hansen, J., & Willig, I. 2009. *Refleksiv sociologi i praksis: Empiriske undersøgelser inspireret af Pierre Bourdieu* København, Hans Reitzels Forlag.
- Kontinen, E. 1991. Professionalization as Status Adaptation: The Nobility, the Bureaucracy, and the Modernization of the Legal Profession in Finland. *Law and Social Inquiry*, 16, (3) 497-526
- 2003, "'Finland's Route' of Professionalisation and Lawyer-Officials," *In Lawyers and Vampires: Cultural Histories of Legal Professions*, W. Wesley Pue & D. Sugerman, eds., Oxford: Hart Publishing, pp. 101-121.
- Mathiesen T. 1979. *Ideologi og motstand*. Oslo: Pax Forlag.
- Parsons T. 1939. The Professions and Social Structure. In *Essays in Sociological Theory*, 39-49. New York: The Free Press.
- 1952. A Sociologist Looks at the Legal Profession. In *Essays in Sociological Theory*, 370-385. New York: The Free Press.
- 1962. The Law and Social Control. In *The Sociology of Law*, ed WM Evan, 60-68. New York: The Free Press.

# Konkurrence om at passe børn

af

*Tobias Indén og Karsten Naundrup Olesen*

## 1. Introduktion til artiklens tema

I Danmark har lovgivningsmagten bestemt, at det er en kommunal opgave at sikre dag- og fritidstilbud til børn og unge. Disse opgaver er reguleret i dagtilbudsloven,<sup>1</sup> som i § 4, stk. 1, foreskriver, at »Kommunalbestyrelsen skal sørge for det nødvendige antal pladser i dag-, fritids- og klubtilbud ...«.

Det fremgår af dagtilbudslovens § 19, at kommunerne kan sikre opgaven med at stille dagtilbud til rådighed for borgerne gennem daginstitutioner. Det fremgår endvidere, at daginstitutioner kan drives på 4 måder: 1) gennem kommunalt ejede institutioner, 2) gennem kommunernes aftale med selvejende institutioner der driver daginstitutioner og 3) gennem kommunernes aftale med private leverandører hvorved daginstitutioner drives gennem udlisering, og endelig som 4) kan daginstitutioner med kommunernes godkendelse drives af private leverandører som privatinstitutioner.

Der er en lang tradition for, at selvejende institutioner driver daginstitutioner, og ligeledes for at kommunerne indgår aftale med disse og derved lader dem indgå i puljen til varetagelsen af den lovbestemte pligt, der påhviler kommunerne.

Aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner indstifter et samarbejde mellem to enheder, som tilhører hver deres sektor, henholdsvis den offentlige og den private, idet de selvejende institutioner er selvstændige juridiske personer etableret på privatretligt grundlag. Som altid i forbindelse med et samarbejde på tværs af de to sektorer rejser samarbejdet mellem kommuner og selvejende institutioner en række juridiske spørgsmål. Forvaltningsrettens mulige anvendelse på institutionen er ét, kommunernes råderet i forhold til institutionerne et andet.

Også i forhold til konkurrenceretten giver aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner anledning til spørgsmål. Har de eksempelvis til følge, at de stiller de selvejende institutioner bedre end de private virk-

<sup>1</sup> Lbkg. 668/2011. Loven er senest ændret med lov 275/2011, og nogle af de ændringer, der er indeholdt i den lov, træder først i kraft 1. januar 2012.

somheder, der også fungerer som aktører på markedet for dagtilbud, og vil det i givet fald være i strid med konkurrencelovens § 6? Eller er aftalerne udtryk for støtte med offentlige midler, som kan gøres til genstand for påbud i henhold til konkurrencelovens § 11a? Disse spørgsmål er eksempler på konkret anvendelse af konkurrencelovens materielle regler, men for at kunne besvare spørgsmål af denne type, må der indledningsvis tages stilling til et overordnet spørgsmål, nemlig om kommunernes dispositioner i forhold til selvejende institutioner inden for dagtilbud falder inden for konkurrencelovens anvendelsesområde.

I denne artikel behandles spørgsmålet om de konkurrenceretlige reglers betydning for samarbejdet mellem kommunerne og de selvejende institutioner, som tilbyder daginstitutioner til børn. Det sker ved en analyse af konkurrencelovens<sup>2</sup> anvendelsesområde med henblik på at afgøre, om det dækker de aktiviteter, aftalerne drejer sig om.

Konkurrencelovens anvendelsesområde er fastsat i lovens kapitel 1 (§§ 1-5a), og i relation til denne artikel er det særligt bestemmelserne i § 2, stk. 1 og 2, der er centrale. Bestemmelserne har følgende ordlyd:

»Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed samt støtte ved hjælp af offentlige midler til erhvervsvirksomhed.

*Stk. 2.* Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning«.

Når det drejer sig om at afgøre, om aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner om dagtilbud falder inden for konkurrencelovens anvendelsesområde, bliver det herefter i første omgang afgørende at skabe klarhed over lovens erhvervsvirksomhedsbegreb. Dette emne behandles nedenfor i afsnit 2.

Dernæst skal det klarlægges, om aftalerne kan falde inden for undtagelsesbestemmelsen i § 2, stk. 2, hvorfor formuleringen »en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering« skal analyseres nærmere. Dette sker i artiklens afsnit 3.

Som det fremgår af den citerede § 2, stk. 2, vil en eventuel undtagelse af aftalerne kun have betydning i forhold til konkurrencelovens kapitel 2 og 3. Reglerne i lovens kapitel 3 a undtages der imidlertid ikke fra. Den eventuelle anvendelse af disse regler omtales derfor kort i artiklens afsnit 4.

<sup>2</sup> Lbkg. 972/2010.

## 2. Erhvervsvirksomhedsbegrebet

### 2.1. Konkurrenceloven og erhvervsvirksomhedsbegrebet

Om erhvervsvirksomhedsbegrebet kan det indledningsvist bemærkes, at begrebet skal fortolkes bredt, hvilket resulterer i, at det omfatter enhver økonomisk aktivitet, der foregår på et marked for varer eller tjenesteydelser.<sup>3</sup> Også markedsbegrebet skal undergives en vid fortolkning, og et marked kan eksempelvis være dispositioner vedrørende fast ejendom eller immaterielle rettigheder.<sup>4</sup>

Den rummelighed, det danske konkurrenceretlige erhvervsvirksomhedsbegreb skal opfattes med, indbefatter også, at der inddrages fortolkningsbidrag fra EU-retten. Årsagen til dette er, at EU-konkurrenceretten udgjorde en væsentlig inspirationskilde for lovgiver ved udformningen af den danske konkurrencelov.<sup>5</sup>

Henset til reguleringens baggrund skal det også bemærkes, at erhvervsvirksomhedsbegrebet i vid udstrækning skal svare til det engelske begreb *undertaking*, som anvendes i EU-konkurrenceretten.

Det skal imidlertid nævnes, at der findes en sproglig forskel mellem den danske konkurrencelov og EU-retten. EU's konkurrenceret finder anvendelse på virksomheder (dvs. på enheder), mens det fremgår af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at loven finder anvendelse på enhver form for erhvervsvirksomhed, dvs. på aktiviteten. I praksis er betydningen af denne forskel i formuleringen af reglernes anvendelsesområde ikke stor, hvorfor EU-rettens regler er af væsentlig betydning også for, hvordan den danske regulering skal fortolkes.

Henset til betydningen af de unionsretlige regler indledes analysen af det danske erhvervsvirksomhedsbegreb med en omtale af virksomhedsbegrebet i EU-rettens konkurrenceregler. Når EU-retten behandles i sit eget afsnit, i stedet for at blive inddraget løbende i det efterfølgende afsnit om erhvervsvirksomhedsbegrebet i den danske konkurrencelov, er det fordi, artiklens fokus er på den eventuelle anvendelse af konkurrenceloven og ikke de unionsretlige konkurrenceregler som selvstændigt regelsæt. Og selv om der er en høj grad af lighed i begrebernes indhold, er der andre forskelle mellem anvendelsen af de to regelsæt, hvorfor det er vores vurdering, at det i denne artikel vil være bedst at give en gennemgang af EU-reglerne særskilt som et grundlag for forståelse af de danske regler.

<sup>3</sup> Se bemærkningerne til hovedlovens § 2 (lovforslag nr. L 172/1996).

<sup>4</sup> Se *Gram Mortensen & Steinicke*: Dansk markedsret, 2006, s. 32.

<sup>5</sup> Se om lovens formål i de almindelige bemærkninger til lovforslaget bag den gældende konkurrencelovs hovedlov, lovforslag L 172/1996. Se endvidere *Gram Mortensen & Steinicke*: Dansk markedsret, 2006, s. 24 f og *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 1, s. 56ff.

## 2.2. EU-konkurrencerettens virksomhedsbegreb

Der findes ikke i EU-retten en legaldefinition af virksomhedsbegrebet, ligesom der heller ikke på anden måde findes en beskrivelse af begrebet, som kan anvendes generelt i hele EU-retten. Men begrebet fortolkes ens ved anvendelse af alle de forskellige unionsretlige konkurrenceregler (art. 101, 102, 106 og 107).<sup>6</sup> Virksomhedsbegrebet afgrænser derfor på flere måder anvendelsesområdet for EU-konkurrenceretten uanset, hvilke af bestemmelserne der anvendes i det konkrete tilfælde. Dette har naturligvis betydning, når praksis fra EU-domstolen anvendes som retskilde til udfyldelse af begrebet.<sup>7</sup>

Som nævnt findes der ingen legaldefinition på det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, men indholdet i begrebet har været genstand for behandling i ganske mange sager ved EU-domstolen. I sin behandling anlægger EU-domstolen en teleologisk fortolkning af begrebet, og udgangspunktet tages herved i formålet med traktaten i almindelighed og de konkurrenceretlige regler i særdeleshed.<sup>8</sup> Eksempelvis udtalte EU-domstolen i sag C-41/90, Høfner, »... at inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, ...«<sup>9</sup>

Enheder, som engagerer sig i økonomiske aktiviteter, skal således iagttage de konkurrenceretlige regler. Drejer det sig derimod om enkeltstående tilfælde af aktiviteter, som udøves i almenhedens interesse, er disse som udgangspunkt ikke omfattet af disse regler.<sup>10</sup>

På baggrund af EU-domstolens praksis bliver det centralt at undersøge, hvad der skal forstås ved økonomisk aktivitet. Som ved virksomhedsbegrebet findes der heller ikke i relation til begrebet økonomisk aktivitet nogen præcis beskrivelse af begrebets indhold. Begrebet beskrives ofte negativt, men i sag T-11/89, Shell International, har Retten dog udtalt, at »... økonomiske enheder [består] af menneskelige, materielle og immaterielle ressourcer, der forfølger et økonomisk mål på lang sigt ...«<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Se sag C-41/90, Høfner, p. 20–21. Se også *Christensen m.fl.*: Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 806 og *Jones & Sufrin*: EU Competition Law, 2010, s. 124.

<sup>7</sup> Selv om domstolen ved den Europæiske Union først med Lissabon-traktaten skiftede navn fra EF-domstolen til EU-domstolen, anvendes i denne artikel alene sidstnævnte navn uanset, hvornår en dom er afsagt. Dette sker alene for at skabe stringens i fremstillingen.

<sup>8</sup> Se *Jones & Sufrin*: EU Competition Law, 2010, s. 124.

<sup>9</sup> Sag C-41/90, Høfner, p. 21.

<sup>10</sup> Det skal nævnes, at konkurrenceretten, trods virksomhedsbegrebets indhold, også kan påvirke medlemsstaternes muligheder for at gennemføre visse aktiviteter, selv om de ikke vedrører en økonomisk aktivitet. Dette er en følge af blandt andet den såkaldte state action-doktrin; se om denne hos eksempelvis *Ulla Neergaard*: Competition & Competences, 1998.

<sup>11</sup> Sag T-11/89, Shell International, p. 311.

Det er afgørende for vurderingen af, om en given virksomhed skal karakteriseres som en økonomisk aktivitet, om aktiviteten har til hensigt at stille varer eller tjenesteydelser til rådighed på et marked, hvor en privat virksomhed kan tænkes at drive virksomhed med henblik på at opnå fortjeneste. Hvis der ikke findes mulighed for, at en privat aktør kan udøve den aktuelle virksomhed på markedsmæssige vilkår, findes der heller ikke nogen grund til at bringe konkurrencereglerne i anvendelse.<sup>12</sup> Det skal dog bemærkes, at der ikke foreligger noget absolut krav om, at der skal udøves virksomhed mod betaling, førend det kan statueres, at der er tale om en økonomisk aktivitet.<sup>13</sup>

Virksomhedsbegrebet som sådant tager også sigte på indholdet i den enkelte aktivitet, hvilket betyder, at man må anlægge et funktionelt perspektiv på aktiviteten i stedet for at fokusere på formalia. Endvidere er virksomhedsbegrebet relativt i den forstand, at en enhed i en given situation, det vil sige, når den udfører en bestemt opgave, kan kategoriseres som en virksomhed, mens den samme virksomhed, når den udfører en anden opgave, som ikke kan karakteriseres som en økonomisk aktivitet, ikke er omfattet af virksomhedsbegrebet.<sup>14</sup> I sag C-49/07, Motosykletistiki Omospondia, udtrykte EU-domstolen det således:

*»For så vidt angår den eventuelle betydning af udøvelsen af offentlige myndighedsbeføjelser for spørgsmålet, om en juridisk person som ELPA kan betegnes som en virksomhed i de fællesskabsretlige konkurrenceregler forstand, skal det bemærkes [...] at den omstændighed, at der er indrømmet et organ beføjelser som offentlig myndighed med henblik på udøvelsen af en del af dets aktiviteter, ikke i sig selv er til hinder for, at organet kan anses for en virksomhed i de fællesskabsretlige konkurrenceregler forstand for så vidt angår den resterende del af dets økonomiske aktiviteter [...]. Spørgsmålet, om en aktivitet skal betegnes som henhørende under udøvelsen af offentlige myndighedsbeføjelser eller som en økonomisk aktivitet, skal nemlig foretages særskilt for hver enkelt aktivitet, der udøves af en given enhed.«*

Fordi EU-konkurrenceretten kun omfatter de økonomiske aktiviteter, er det herefter sådan, at man i det enkelte tilfælde må identificere de aktiviteter, som påstås at påvirke konkurrencen. I den proces må man også afgøre, hvil-

<sup>12</sup> Jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse i de forenede sager C-264, 306, 354 og 355/01, AOK Bundesverband, p. 27.

<sup>13</sup> Sag C-41/90, Høfner, p. 21.

<sup>14</sup> Se Generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-475/99, Ambulanze Glöckner, p. 72.

<sup>15</sup> Sag C-49/07, Motosykletistiki Omospondia, p. 25.



ke aktiviteter der kan betegnes som økonomiske og skille dem fra de øvrige (ikke-økonomiske) aktiviteter, enheden har.<sup>16</sup>

Det forhold, at der ved afgørelse af, om virksomhedsbegrebet er opfyldt, fokuseres på aktivitetens funktion og ikke formelle forhold, indebærer, at det er irrelevant for anvendelse af konkurrenceretten, hvilken organisationsform enheden optræder i. Det er således uden betydning i denne sammenhæng, om enheden er organiseret som eksempelvis et aktieselskab, en enkelmandsvirksomhed eller en selvejende institution.

Ligeledes er det uden betydning for anvendelsen af konkurrencereglerne, om den foreliggende virksomhed udøves af et statslig, regionalt eller kommunalt organ. Offentlige enheders aktiviteter kan således underkastes en konkurrenceretlig efterprøvelse i den udstrækning, aktiviteterne er en økonomisk aktivitet, altså når virksomhedsbegrebet er opfyldt. Hvis en enhed derimod udøver myndighed, vil der ikke være tale om en økonomisk aktivitet. Dette gælder i de mange tilfælde, hvor myndighedsudøvelsen forestås af en offentlig enhed, men også i de sjældne tilfælde, hvor myndighed kan udøves af en privat enhed. Disse aktiviteter vil derfor sædvanligvis ikke være omfattet af konkurrencereglerne.<sup>17</sup>

Som endnu et forhold, der belyser indholdet i virksomhedsbegrebet, skal nævnes, at det normalt ikke har betydning for kvalificeringen, om formålet med aktiviteten er at opnå gevinst. EU-domstolen fastslog i sag C-244/94, FFSA, at administrationen af et frivilligt pensionsforsikringssystem udgjorde en økonomisk aktivitet, på trods af at virksomheden blev drevet uden profitformål. EU-domstolen hæftede sig ved, at virksomheden var kendetegnet ved en solidaritetstankegang, og at de formuer, som systemet gav ret til, var afhængige af størrelsen på de bidrag, der blev indbetalt af forsikringstagerne.<sup>18</sup>

Det forekommer, at aktiviteter af økonomisk karakter ikke vurderes at udgøre virksomhed i konkurrenceretlig forstand. Eksempelvis omfatter virksomhedsbegrebet ikke sygekasser og lignende, som er beregnede på at forvalte det offentlige sygeforsikringssystem. Generelt kan man sige, at en enheds formål og beskaffenhed til en vis grad kan påvirke bedømmelsen af, om konkurrencereglerne skal finde anvendelse.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Sag C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia*, p. 25–29. Jf. sag T-155/04, *Eurocontrol*, p. 54–55 og sag C-113/07 P, *Eurocontrol*, p. 70–80. I sidstnævnte konstaterede EU-domstolen, at det faktum, at den aktivitet som forelå til bedømmelse, var knyttet til udøvelse af offentlig magt, indebar, at enheden ikke udgjorde en virksomhed i den konkrete situation.

<sup>17</sup> Det forholder sig anderledes med sådanne aktiviteter, som kan angribes med støtte i state action-doktrinen, jf. omtalen af denne i note 10 ovenfor.

<sup>18</sup> Sag C-244/94, FFSA, p. 17.

<sup>19</sup> Jf. de forenede sager C-159/91 og C-160/91, *Poucet*, p. 18.

Hvis en enhed, som normalt ikke er omfattet af virksomhedsbegrebet, i meget begrænset omfang engagerer sig i aktiviteter af økonomisk karakter, bevirker dette heller ikke altid, at enheden bliver omfattet af virksomhedsbegrebet. Ligeledes anses virksomhedsbegrebet heller ikke for opfyldt, hvis en lille organisatorisk del af en offentlig enhed udfører aktiviteter af økonomisk art for enheden.<sup>20</sup>

Det er endvidere uvæsentligt, for bedømmelsen i forhold til virksomhedsbegrebet, hvordan virksomheden finansieres. Om dette forhold har EU-domstolen i sag C-41/90, Høfner, udtalt, at en offentligt finansieret arbejdsformidling kan anses for at være omfattet af virksomhedsbegrebet.<sup>21</sup>

I de forenede sager C-159/91 og C-160/91, Poucet, udviklede EU-domstolen sine synspunkter fremlagt i C-41/90, Høfner. I Poucet udtalte domstolen, at virksomhedsbegrebet ikke var opfyldt i det foreliggende tilfælde, fordi sygekassen kun havde en social funktion, og at aktiviteten samtidig byggede på national solidaritet og blev drevet uden profitformål. De beløb, der blev udbetalt, var fastsat ved lov og var desuden uafhængige af størrelsen på de beløb, der blev indbetalt til sygekassen. Af disse grunde forelå der ikke virksomhed af økonomisk karakter, og derfor var de enheder, der havde ansvaret for aktiviteten, heller ikke virksomheder i konkurrencereglers forstand.<sup>22</sup>

Hvis en aktivitet er en konsekvens af – eller udtryk for – myndighedsudøvelse, finder konkurrencereglerne ikke anvendelse. Tilsvarende hvis der er tale om opgaver, der udføres i almenhedens interesse.<sup>23</sup> Eksempelvis falder en kommunal beslutning, som er en administrativ foranstaltning, uden for reglerne, fordi der ikke er tale om en aktivitet af økonomisk art.<sup>24</sup>

Med afgørelsen i sag C-205/03, FENIN, føjede EU-domstolen til dens praksis vedrørende virksomhedsbegrebet, at begrebet ikke er opfyldt i tilfælde, hvor en offentlig enhed optræder som køber af varer eller tjenesteydelser, og disse aktiver ikke efterfølgende anvendes i en aktivitet, som kankvalificeres som en økonomisk aktivitet.<sup>25</sup> Købet af en vare eller tjene-

<sup>20</sup> Se *Michael Steinicke: Privilegerede virksomheder og EU-retten*, 2002, s. 35.

<sup>21</sup> Sag C-41/90, Høfner, p. 21–22. I sagen konstaterede EU-domstolen, at den tyske føderale arbejdsformidling udgjorde en virksomhed i forhold til fællesskabets konkurrenceregler. Begrundelsen var, at det drejede sig om økonomiske aktiviteter. At arbejdsformidling hovedsageligt blev varetaget af det offentlige kunne ikke ændre bedømmelsen, blandt andet fordi arbejdsformidling ikke altid var blevet udført af det offentlige, og fordi der konkret faktisk fandtes private udøvere.

<sup>22</sup> De forenede sager C-159/91 og C-160/91. Poucet, p. 18 og p. 19.

<sup>23</sup> Se *Jones & Sufrin: EU Competition Law*, 2010, s. 129.

<sup>24</sup> Se sag 30/87, Corinne Bodson, p. 18.

<sup>25</sup> Denne forståelse af virksomhedsbegrebet er senere fulgt i sag C-113/07, Selex. For en grundig gennemgang FENIN og perspektiver på denne dom, se *Michael Steinicke: Offentli-*

steydelse er således ikke i sig selv nok til, at aktiviteten kan betragtes som omfattet af virksomhedsbegrebet.

### **2.3. Erhvervsvirksomhedsbegrebet i konkurrenceloven**

Foruden at de grundlæggende er gensidigt bebyrdende aftaler, er aftalerne mellem kommuner og selvejende institutioner om drift af daginstitutioner kendetegnede af en række elementer, der kan tænkes at have betydning ved vurdering af, om aftalerne falder inden for konkurrencelovens anvendelsesområde. Der fokuseres på disse kendetegn i den følgende undersøgelse af erhvervsvirksomhedsbegrebets indhold.

#### *2.3.1. En offentlig kontrahent og en offentlig opgave*

Som anført i indledningen til afsnit 2.1, skal erhvervsvirksomhedsbegrebet i konkurrenceloven fortolkes bredt. Blandt andet omfatter det også aktiviteter udført af offentlige instanser, jf. bemærkningerne til § 2 i forslaget til hovedloven bag konkurrenceloven,<sup>26</sup> og i øvrigt EUFT art. 106, jf. også bemærkningerne om EU-konkurrencerettens virksomhedsbegreb ovenfor i afsnit 2.2. Det er med andre ord aktiviteten, og ikke den nærmere status af offentlig eller privat hos den enhed der udøver den, der er afgørende for kvalificeringen. I forhold til bestemmelsen i lovens § 2, stk. 1, kan aftalerne mellem kommuner og selvejende institutioner om drift af daginstitutioner derfor ikke anses for at ligge uden for loven anvendelsesområde, blot fordi en offentlig instans optræder som den ene kontrahent.

Heller ikke det forhold, at den aktivitet der vurderes, er udførelse af en offentlig opgave, udelukker anvendelse af konkurrenceloven. Det skal i den forbindelse bemærkes, at dette kun gælder for så vidt angår de dele af den offentlige sektors aktiviteter, der klassificeres som faktisk forvaltningsvirksomhed. Myndighedsudøvelse er derimod ikke omfattet af konkurrenceloven, jf. bemærkninger til § 2 i lovforslag L 172/1996 og tilsvarende EU-rettens virksomhedsbegreb, jf. omtalen af dette i afsnit 2.2. I relation til aftalerne mellem kommuner og de selvejende institutioner får dette imidlertid ingen betydning for vurderingen af konkurrencelovens eventuelle anvendelse, idet der med aftalerne ikke overlades myndighedsbeføjelser til de selvejende (private) institutioner.

Det forhold, at den kommunale kontrahent i aftaler om daginstitutioner udøver såvel myndighed som faktisk forvaltningsvirksomhed, udelukker ikke anvendelse af konkurrenceloven på aktiviteter inden for det sidste, jf. de i afsnit 2.2 gengivne bemærkninger fra EU-domstolen i sag C-47/07, Moto-

---

ge myndigheder mellem offentlig og privat regulering i *Godsk Pedersen (red.): Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2007*, s. 252ff.

<sup>26</sup> Lovforslag L 172/1996.

sykletistiki Omospondia, om særskilt vurdering af den offentlige instans enkelte aktiviteter.

Som en nærmere beskrivelse af, hvilke aktiviteter der betragtes som offentlig erhvervsaktivitet, fremgår det af bemærkningerne til § 2 i lovforslag L 172/1996, at der ved offentlig erhvervsvirksomhed forstås »... erhvervsvirksomhed, der udøves af stats- eller kommunalforvaltningen, og som består i at udbyde eller efterspørge varer eller tjenesteydelser m.v., som har betydning for konkurrencen«. For en umiddelbar betragtning synes udbud af dagtilbud til børn at falde ind under denne formulering som en tjenesteydelse.

Ser man bort fra tilføjelsen »... som har betydning for konkurrencen« synes det netop anførte citat fra bemærkningerne til lovforslagets § 2 at give erhvervsvirksomhedsbegrebet et bredere indhold, end det unionsretlige virksomhedsbegreb har. Hvad angår sidstnævnte, er det blevet indskrænket gennem EU-domstolens afgørelser i sagerne C-205/03, FENIN, og C-113/07, Selex. Indskrænkningen består i, at virksomhedsbegrebet kun omfatter køb i de tilfælde, hvor den offentlige enhed lader de indkøbte aktiver indgå i efterfølgende aktiviteter, som kan kvalificeres som en økonomisk aktivitet. I sag C-205/03, FENIN, fandt EU-domstolen ikke, at dette var tilfældet, hvor offentlige enheder, der administrerede det nationale sundhedsvæsen, indkøbte medicinske instrumenter m.v., som efterfølgende blev anvendt i hospitalssektoren. Skal det danske erhvervsvirksomhedsbegreb forstås i overensstemmelse med EU-retten, må formuleringen »... som har betydning for konkurrencen« herefter forstås sådan, at efterspørgsel (køb) af varer eller tjenesteydelser kun falder inden for erhvervsvirksomhedsbegrebet, hvis det indkøbte efterfølgende anvendes i en økonomisk aktivitet.

Det kan overvejes, om aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner kan passe ind i den skabelon, EU-domstolen anvender i FENIN-sagen. Dette synes dog ikke at være tilfældet. I FENIN var der tale om køb af varer, og skabelonen forekommer bedst anvendelig på netop den type aktiviteter, frem for køb af tjenesteydelser. Skal aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner passes ind i FENIN-skabelonen, skal de betragtes som kommunernes køb af retten til at henvise børn til pladser i de selvejende institutioner, hvilket netop er en tjenesteydelse. Hvis man efter dette alligevel fortsætter efterprøvelsen af aftalerne i FENIN-skabelonen, synes udfaldet at blive, at kommunerne køber en tjenesteydelse (retten til at henvise børn til de selvejende institutioners dagtilbud), som efterfølgende anvendes som et tilbud til borgere, der har behov for dagtilbud, et behov som kommunerne skal opfylde, jf. dagtilbudslovens § 4, stk. 1. Den efterfølgende anvendelse må betragtes som en økonomisk aktivitet, da der er tale om at stille en tjenesteydelse til rådighed på et marked, hvor en privat virksomhed kan tænkes at drive virksomhed med henblik på at opnå fortjeneste, jf. omtalen af begrebet økonomisk aktivitet i afsnit 2.2 ovenfor. For så vidt

angår kravet om, at en privat virksomhed skal kunne tænkes at drive virksomhed med henblik på at opnå fortjeneste, viser dagtilbudslovens § 19, stk. 4 og 5, at dette er opfyldt. Også efter FENIN-skabelonen vil konkurrenceloven således kunne finde anvendelse i tilknytning til aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner.

Testen i forhold til FENIN-skabelonen sker ud fra en betragtning om, at aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner skal ses som kommunernes køb af en tjenesteydelse. Sagen skal dog nærmere ansues på den måde, at kommunerne udbyder dagtilbud til borgerne, hvilket er erhvervsvirksomhed, og at aftalerne er overenskomster, der sætter de selvejende institutioner i stand til at etablere sig som selvstændige udbydere af dagtilbud inden for de rammer af kontrol fra kommunernes side, som følger af dagtilbudslovens forskellige regler. Anskuet på den måde bliver aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner noget, der kan have betydning for konkurrencen, idet de selvejende institutioner ikke er alene om at udbyde dagtilbud, men gør dette i potentiel konkurrence med private leverandører, der driver daginstitutioner gennem udlicitering og privatinstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 1, nr. 4 og 5.

### *2.3.2. Non-profit aktivitet*

Selvejende institutioner, der driver daginstitutioner efter dagtilbudslovens § 19, stk. 3, drives ikke med profitformål, jf. bemærkningerne til § 19 i lovforslag L 170/2006, som danner grundlag for den gældende bestemmelse. I relation til konkurrencelovens anvendelse på aftalerne kunne dette tænkes at skulle tillægges betydning, fordi loven er rettet mod erhvervsvirksomhed, og for en umiddelbar betragtning synes det naturligt at knytte erhvervsvirksomhed og profit sammen således, at hvis aktiviteten ikke har til formål at indbringe overskud, skal den ikke betragtes som erhvervsvirksomhed.

Imidlertid fremgår det af bemærkningerne til § 2 i lovforslag L 172/1996, at det ikke kræves, at der tilsigtes en økonomisk gevinst ved aktiviteten, for at denne kan kvalificeres som erhvervsvirksomhed. Tilsvarende gælder for anvendelse af EU-konkurrencereglerne, jf. EU-domstolens afgørelser i blandt andet sag C-244/94, FFSA og sag C-218/00, *Cisal*.

I stedet for at fokusere på den mulige økonomiske gevinst ved en aktivitet, skal der fokuseres på dens potentiale for at påvirke markedsforholdene. En sådan vurdering af markedspåvirkning indebærer mere omfattende økonomiske analyser, hvor efterspørgsels- og udbudssubstitution og potentiel konkurrence skal kortlægges med henblik på at fastlægge det relevante marked, jf. konkurrencelovens § 5a, stk. 1. Undersøgelser af den art kan ikke gennemføres i denne artikel, men som en indledende betragtning synes det rimeligt at lægge til grund, at når der findes daginstitutioner, som drives af private virksomheder – jf. også forudsætningsvis hjemlen i dagtilbudslovens

§ 19, stk. 4 og stk. 5 – kan det tages som udtryk for, at der findes et marked for drift af daginstitutioner som tjenesteydelse. Og da de fire alternative modeller for at tilvejebringe daginstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 2-5, alle sikrer den samme grundydelse – dagtilbud til børn – synes det endvidere rimeligt at antage, at aftaler vedrørende den ene model kan påvirke betingelserne for de andre modeller. Dermed må aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner som udgangspunkt kunne antages potentielt at kunne påvirke markedet.<sup>27</sup>

### *2.3.3. Aktivitetens finansiering*

Det fremgår af dagtilbudslovens §§ 31 og 32, at kommunerne er forpligtede til at yde forældre med børn i en daginstitution drevet af kommunen, en selvejende institution eller som en udliciteret daginstitution et tilskud på mindst 75 % af de budgetterede bruttodriftsudgifter for ophold i daginstitutioner. Tilsvarende er kommunerne forpligtede til at yde et driftstilskud pr. barn, der optages i en privatinstitution, jf. dagtilbudslovens § 36. Således vil en meget væsentlig del af den betaling, aktørerne på markedet modtager for deres tjenesteydelse, hidrøre fra offentlige midler. Det er herefter nærliggende at overveje, om aktiviteten kan falde uden for konkurrencelovens anvendelsesområde ud fra betragtninger om, at der i realiteten er tale om en in house-produktion. En sådan aktivitet – forstået som produktion foretaget af egne ansatte og til eget brug – falder nemlig uden for lovens anvendelsesområde, jf. bemærkningerne til § 2 i lovforslag L 172/1996. Heller ikke dette ræsonnement kan imidlertid lede til, at aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner uden videre falder uden for § 2, stk. 1, idet det følger af EU-domstolens praksis, at det er uden betydning, om der foreligger et tilfælde er virksomhedsdrift, hvordan den konkrete aktivitet finansieres, jf. omtalen i afsnit 2.2 af sagen C-41/90, Höfner.

### *2.3.4. Sammenfattende om aftalerne og erhvervsvirksomhedsbegrebet*

Når ovenstående skal sammenfattes, er det vurderingen, at kommunernes udbud af dagtilbud skal betragtes som en erhvervsaktivitet i konkurrencelovens forstand. Dermed er den første betingelse for anvendelse af konkurrenceloven i relation til aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner opfyldt.

<sup>27</sup> Se eksempelvis *Mortensen & Steinicke*: Dansk markedsret, s. 46ff og *Palle Bo Madsen*: Markedsret, del 1, s. 78ff for en nærmere omtale af konkurrencelovens markedsbegreb.

### 3. Konkurrencelovens § 2, stk. 2

#### 3.1. Bestemmelsens relevans

Med sammenfatning vedrørende konkurrencelovens erhvervsvirksomhedsbegreb og aftalerne mellem kommuner og selvejende institutioner, bliver det relevant at analysere endnu en af konkurrencelovens bestemmelser, nemlig lovens § 2, stk. 2. Relevansen opstår, fordi bestemmelsen åbner mulighed for, at aktiviteter, der må anses for konkurrencebegrænsninger, dette til trods ikke rammes af lovens kapitel 2 og 3, hvis konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Der er med andre ord tale om en bestemmelse, der undtager visse aktiviteter fra dele af lovens anvendelsesområde.

Relevansen af at undersøge bestemmelsen i § 2, stk. 2, er yderligere af født af, at aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner bliver indgået som et led i kommunernes opfyldelse af den lovpligtige opgave, der er pålagt dem i kraft af dagtilbudslovens § 4. Det skal derfor undersøges, om aftalerne kan betragtes som direkte eller nødvendige følger af offentlig regulering.

Bestemmelsen i § 2, stk. 2, undtager som nævnt kun konkurrencebegrænsninger fra konkurrencelovens kapitel 2 og 3. Anvendelse af reglerne vedrørende konkurrenceforvridende støtte i lovens kapitel 3 påvirkes derimod ikke af undtagelsesmuligheden i § 2, stk. 2. Dette emne behandles nærmere i afsnit 4 nedenfor.

#### 3.2. Hvad er offentlig regulering?

Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen i § 2, stk. 2, at der ved offentlig regulering forstås blandt andet lovgivning, bekendtgørelser og beslutninger inden for grænserne af kommunalfuldmagten samt kommunale regulativer.<sup>28</sup> Det fremgår endvidere af forarbejderne, at det ikke er tilstrækkeligt til at undtage en konkret konkurrencebegrænsning, at der findes hjemmel til at udstede offentlig regulering, som ville kunne begrunde undtagelse efter § 2, stk. 2. Skal der gives undtagelse, skal hjemlen faktisk være udnyttet, og regler skal være udstedt.

I forhold til aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner er betingelsen om tilstedeværelsen af offentlig regulering således opfyldt, idet årsagen til aftaleindgåelsen er den opgave, kommunerne er pålagt gennem dagtilbudslovens § 4, stk. 1. Hjemlen til aftaleindgåelsen findes endvidere også i lov, nemlig i dagtilbudslovens § 19, stk. 3.

Socialministeriet har offentliggjort en vejledning om dagtilbud m.v.<sup>29</sup> Som et bilag til denne vejledning (bilag H2) findes et eksempel på driftsoverenskomst mellem en selvejende institution og en kommune. I relation

<sup>28</sup> Bemærkninger til § 2 i lovforslag L 172/1996.

<sup>29</sup> Vejledning 31/2009 om dagtilbud, fritidshjem og klubtilbud 2009.

til betingelsen om offentlig regulering i konkurrencelovens § 2, stk. 2, skal det bemærkes, at hvis en konstateret konkurrencebegrænsning er resultat af denne kontraktskabelon, men ikke den bagvedliggende lovgivning, kan der ikke forventes undtagelse efter § 2, stk. 2. Begrundelsen er, at en vejledning ikke kan regnes som offentlig regulering i bestemmelsens forstand, da den ikke er bindende. Netop den ikke-bindende karakter medfører også, at kravet om, at konkurrencebegrænsningen skal være en direkte eller nødvendig følge, jf. straks nedenfor, heller ikke vil være opfyldt ved anvendelse af kontraktskabelonen, idet kontrahenterne kunne have undgået konkurrencebegrænsningen ved ikke at have anvendt kontraktskabelonen eller den problematiske del af denne.

### 3.3. Kravet om en direkte eller nødvendig følge

Skal bestemmelsen i § 2, stk. 2, begrunde undtagelse fra konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og mod misbrug af dominerende stilling for aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner, må aftalernes eventuelle konkurrenceforvridende karakter kunne kvalificeres som en direkte eller en nødvendig følge af den offentlige regulering repræsenteret ved dagtilbudsloven.

Hverken konkurrenceloven eller forarbejderne til den indeholder nogen nærmere beskrivelse af, hvad der i almindelighed skal forstås ved en direkte eller nødvendig følge.<sup>30</sup> Ud fra en sproglig forståelse af § 2, stk. 2, 1. pkt., må bestemmelsen forstås sådan, at det er tilstrækkeligt for bestemmelsens anvendelse, at en konkurrencebegrænsning er *enten* en direkte følge *eller* en nødvendig følge af offentlig regulering. I Konkurrencerådets og Konkurrencestyrelsens praksis er der dog måske anvendt en lidt anden læsning af bestemmelsen, idet der i nogle afgørelser anvendes en formulering i stil med dette: »... ikke anses for at være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering ...«, hvor de to kriterier altså begge gengives, uden at der tilsyneladende tages stilling til om det er det ene eller det andet kriterium, der lægges til grund.<sup>31</sup> Det er i den forbindelse anført, at der generelt ikke sondres mellem *direkte* og *nødvendig*, men at begreberne anvendes i forening.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Det forholder sig anderledes for så vidt angår konkurrencebegrænsninger fastsat af en kommunalbestyrelse, jf. nedenfor.

<sup>31</sup> Som eksempler på afgørelser med en sådan formulering se Konkurrencerådets afgørelse vedrørende en aftale mellem Amtsrådsforeningen og Falck (afsagt 27. oktober 1999) og Konkurrencestyrelsens afgørelse af 15. april 1999 vedrørende Horsens Kommunes drift af internetcaféer.

<sup>32</sup> *Ulla B. Neergaard*: Intet over, intet ved siden af konkurrenceloven?, i Juridisk Institut – Julebog 2000, s. 189.



Om det forholder sig sådan er usikkert, da der også kan findes afgørelser, der taler mod.<sup>33</sup>

Som en illustration af, hvornår konkurrencemyndighederne anser en konkurrencebegrænsning for at være omfattet af § 2, stk. 1, 1. pkt., kan henvises til Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 1999 vedrørende Horsens Kommunes drift af internetcaféer. I sagen havde Horsens Kommune i samarbejde med to skoler åbnet to internetcaféer i kommunen, hvor unge i alderen 14-24 frit kunne benytte en række pc-faciliteter og herunder skaffe sig gratis internetadgang. Netop den manglende brugerbetaling betød, at aktiviteten blev anset for konkurrenceforvridende. Samarbejdet skete som led i, at kommunen af Det Tværministerielle Ungdomsudvalg var blevet udpeget til en såkaldt ungdomskommune, hvilket blandt andet betød, at kommunen var forpligtet til at iværksætte aktiviteter, der skulle give unge adgang til informationsteknologi. Da aktiviteterne blev finansieret gennem en bevilling, som fremgik direkte af finansloven, blev den anset for at være »... en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. pkt.«<sup>34</sup> og var derfor ikke omfattet af konkurrencelovens forbudsbestemmelser.

I tilknytning til diskussionen af hvornår en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, er andet punktum i § 2, stk. 2, af særlig interesse i forbindelse med aftalerne mellem kommuner og selvejende institutioner. Af bestemmelsen fremgår, at hvis en konkurrencebegrænsning er fastsat af en kommunalbestyrelse, er det kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig, for at kommunen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning.

For at en konkurrencebegrænsning skal kunne betragtes som fastsat af en kommunalbestyrelse, stilles ikke alene krav om, at konkurrencebegrænsningen er en konsekvens af beslutningen. Det kræves endvidere, at konkurrencebegrænsningen direkte fremgår af kommunalbestyrelsens beslutning.<sup>35</sup> Noget sådant vil eksempelvis være tilfældet, hvis kommunalbestyrelsen

<sup>33</sup> Se afgørelse af 30. januar 2002 (j.nr. 3:1120-0100-299) om prisfastsættelse af teaterbilletter, hvor »... fastsættelsen af vilkårene ifølge Kulturministeriet er en direkte følge af regelsættet for den landsdækkende abonnementsordning, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2«. Om afgørelsen vedrørende en aftale mellem Amtsrådsforeningen og Falck (afsagt 27. oktober 1999), som fremhæves i artiklen Intet over, intet ved siden af konkurrenceloven? (i Juridisk Institut – Julebog 2000, s. 189), bemærkes, at mens Konkurrencestyrelsen anvender formuleringen »På den baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at aftalen ikke er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. punktum«, formulerer Konkurrencerådet sig i dets afgørelse således: »... ikke anses for at være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. pkt.«

<sup>34</sup> Konkurrencestyrelsens afgørelse af 15. april 1999.

<sup>35</sup> *Levinsen m.fl.*: Konkurrenceloven med kommentarer (2009), s. 64.

træffer beslutning om at tildele en bestemt virksomhed eneret til at udføre en opgave i en bestemt periode.<sup>36</sup> Tilsvarende må gælde, hvis konkurrencebegrænsningen følger af aftale indgået af kommunalbestyrelsen, eksempelvis med en selvejende institution. At konkurrencebegrænsningen følger af en mere generel beslutning fra kommunalbestyrelsen er derimod ikke nok til at opfylde kravet om, at den er fastsat.

Kravet, om at en konkurrencebegrænsning skal være nødvendig, for at den lovpligtige opgave skal kunne udføres, medfører, at kommunalbestyrelsen i sit valg skal vælge den mindst konkurrencebegrænsende løsning, hvis det er muligt at vælge mellem flere forskellige løsningsmodeller til varetagelse af opgaven.<sup>37</sup> Der er således et krav om proportionalitet mellem formålet med opgaven og den konkurrencebegrænsende løsning af denne. En kommunalbestyrelse kan derfor ikke altid vælge den mest formålstjenlige løsning, hvis denne indebærer en alt for stor konkurrencebegrænsning. En konkurrencebegrænsning anses derfor heller ikke for at være nødvendig, hvis den er overflødig for, at en kommune på forsvarlig måde – ud fra de hensyn som ligger til grund for den aktuelle lovgivning – skal kunne varetage den lovpligtige opgave.<sup>38</sup>

For at en konkurrencebegrænsning, der er fastsat af en kommunalbestyrelse, skal kunne undtages med hjemmel i § 2, stk. 2, er det som nævnt også et krav, at det følger af lovgivningen, at kommunen har ansvaret for den konkrete opgave. I relation til aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner er dette krav tilsyneladende opfyldt, da dagtilbudsloven i § 4, stk. 1, pålægger kommunerne at sørge for det nødvendige antal pladser i dag-, fritids- og klubtilbud. Imidlertid er det netop kun tilsyneladende, at kravet er opfyldt. Den pligt, der foreskrives i dagtilbudslovens § 4, stk. 1, er en pligt til at sikre, at der er den nødvendige mængde tilbud til at forsyne kommunens borgere med dagtilbud. Derimod foreskriver loven ikke pligt for kommunerne til at indgå aftaler med de selvejende institutioner, eller sørge for at der er et antal pladser i sådanne institutioner til rådighed for kommunens borgere. Tværtimod hedder det i lovens § 19, stk. 3, at »daginstitutioner *kan* efter aftale med kommunalbestyrelsen drives af private leverandører som selvejende institutioner« [kursivering foretaget her]. Aftaleindgåelse er således en mulighed, mens der ikke er kontraheringspligt. Det må herefter være klart, at eventuelle konkurrencebegrænsninger som følge af indgåede aftaler mellem kommunerne og de selvejende institutioner ikke kan siges at være nødvendige for, at kommunerne kan opfylde deres lovpligtige opgaver.

<sup>36</sup> Se *Gram Mortensen & Steinicke*: Dansk markedsret, 2006, s. 36.

<sup>37</sup> Se betænkning afgivet af Erhvervsudvalget af 22/05/1997, FT 1996-97, tillæg B, s. 1149.

<sup>38</sup> Se *Heide-Jørgensen & Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 2005, s. 147.

Sammenfattende synes betingelserne for anvendelse af konkurrencelovens § 2, stk. 2, ikke opfyldt i forhold til aftalerne mellem kommuner og selvejende institutioner, hvorfor bestemmelsen ikke kan anvendes som grundlag for at undtage eventuelle konkurrencebegrænsninger, der følger af aftalerne, fra forbuddene i konkurrencelovens kapitel 2 og 3.

#### 4. Konkurrencelovens kapitel 3 a

Uanset om aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner vedrørende drift af daginstitutioner er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, er de – hvis de er omfattet af loven, jf. diskussionen ovenfor af erhvervsvirksomhedsbegrebet – omfattet af bestemmelserne i lovens kapitel 3 a, idet § 2, stk. 2, kun undtager konkurrencebegrænsninger fra forbuddene i lovens kapitel 2 og 3.

Konkurrencelovens kapitel 3 a regulerer konkurrenceforvridende støtte ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed. Hovedreglen findes i § 11 a, som foreskriver, at Konkurrencerådet kan udstede påbud om, at en sådan støtte skal bringes til ophør eller betales tilbage. Muligheden for at udstede et påbud er dog betinget af to kumulative forhold: 1) at støtten direkte eller indirekte har til formål eller til følge at forvride konkurrencen, og 2) at støtten ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering.

Den første betingelse genkendes fra EUFT art. 101 og 107 og fra formuleringer i en række domme fra EU-domstolen i sager om konkurrence- og statsstøttereglerne<sup>39</sup> og giver umiddelbart en ganske bred adgang for Konkurrencerådet til at skride ind over for støtte med offentlige midler. Adgangen begrænses imidlertid af den anden betingelse, som betyder, at hvis der kan findes lovgrundlag for en given ordning (støtte), kan denne ikke rammes af påbud efter § 11 a.

Lovligheden af en konkret støtteordning vurderes ikke af konkurrencemyndighederne, men af det relevante ressortministerium, eller af det kommunale tilsyn, jf. § 11 a, stk. 3. I relation til aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner bliver det herefter i første omgang det kommunale tilsyn, der skal afgøre, om en given aftale er lovlig i henhold til offentlig regulering. En sådan afgørelse må blive konkret, men som en generel betragtning skal det bemærkes, at der med dagtilbudslovens § 19, stk. 3, foreligger hjemmel for kommunerne til at indgå aftale med de selvejende institutioner. Endvidere foreligger der, som nævnt ovenfor, en kontraktskabelon indarbejdet i en ministeriel vejledning, og så længe denne anvendes som grundlag for den konkrete aftale, må det antages, at tilsynsmyndighederne og Socialministeriet (ressortministerium) vil finde aftalen, og dermed eventuel støtte den må medføre, for lovlig.

<sup>39</sup> Se som vist de første de forenede sager C-56/64 og 58/64, Consten og Grundig.

Går en kommune konkret egne vegne og konciperer en individuel kontrakt, kan det tænkes, at denne kan medføre en støtte, som ikke vil anses for lovlig. I så fald kan et påbud efter § 11 a blive aktuelt, givet at Konkurrencerådet finder, at betingelse nr. 1 i § 11 a, stk. 2, også er opfyldt.

## 5. Sammenfatning og perspektivering

Hensigten med denne artikel har været at analysere konkurrencelovens anvendelsesområde med henblik på at afgøre, om loven dækker de aftaler, der indgås mellem kommuner og selvejende institutioner vedrørende drift af daginstitutioner. Analyserne i det foregående har vist, at dagtilbud udbudt af landets kommuner skal betragtes som erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens forstand, og at undtagelsesbestemmelsen i lovens § 2, stk. 2, ikke kan anvendes i forhold til aftalerne. Det sidste betyder, at aftalerne kan rammes af reglerne i konkurrencelovens kapitel 2 og 3, det vil sige, at aftalerne er omfattet af lovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og mod misbrug af en dominerende stilling på et marked. Endvidere er det påpeget, at konkurrencelovens kapitel 3 a om konkurrenceforvridende støtte kan finde anvendelse på aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner, men at påbud i den forbindelse givet i mange tilfælde ikke kan udstedes, fordi en eventuel støtte, som aftalerne vil være udtryk for, vil være lovlig i henhold til de særlige regler for dagtilbud.

Det forhold, at aftalerne mellem kommunerne og de selvejende institutioner kan rammes af forbuddene i konkurrencelovens kapitel 2 og 3, betyder ikke, at de automatisk er i strid med konkurrenceloven. Med artiklen er det påvist, at aftalerne ligger inden for lovens anvendelsesområde, hvilket blot betyder, at de *kan* være i strid med lovens forbud. I artiklen er det ikke undersøgt, om aftalerne er i strid med forbuddene i henholdsvis kapitel 2, 3 og 3 a.

En undersøgelse, af om forbuddene i kapitel 2, 3 og 3 a er overtrådt, skal foretages i de konkrete tilfælde. Herunder skal det naturligvis undersøges, om selve forbuddene er overtrådt, eksempelvis ved at der gennem aftalerne opstilles ulige vilkår over for forskellige udbydere, hvorved nogle af disse stilles ringere i konkurrencen end andre.<sup>40</sup> Men særligt i forhold til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler skal det også undersøges, om lovens forskellige undtagelser fra forbuddet kan anvendes i de konkrete tilfælde.

Hvordan analyser af den mulige anvendelse af konkurrencelovens materielle regler vil falde ud kan ikke forudsiges, da det som nævnt blandt andet må bero på de konkret foreliggende omstændigheder. Men som en generel overvejelse skal der peges på, at det hensyn til at fremme en effektiv samfundsmæssig resurseanvendelse, som er konkurrencelovens overordnede

<sup>40</sup> Noget sådant vil være i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 4.

formål, jf. lovens § 1, kan vige for andre hensyn, typisk sådanne som forfølges gennem anden lovgivning. Bestemmelsen i konkurrencelovens § 11 a, stk. 2, er udtryk for dette, og det er også udtrykt i forarbejderne til hovedloven, hvoraf det blandt andet fremgår:

»Formålet med § 2, stk. 2, er at sikre, at politisk bestemte reguleringer og beslutninger truffet med hjemmel i lovgivning, herunder reglerne om kommunernes ulovbestemte opgaver (kommunalfuldmagten), ikke kan underkendes af konkurrencemyndigheden, idet disse reguleringer og beslutninger kan være betinget af andre samfundshensyn end hensynet til konkurrencen. Det er en given forudsætning, at konkurrencemyndigheden ikke kan gå ind i en legalitetsprøvelse af sådanne reguleringer og beslutninger.«<sup>41</sup>

Der er næppe tvivl om, at reguleringen af dagtilbudsområdet er udtryk for varetagelse af interesser, der generelt tillægges vægt i samfundet og hos lovgiver. Hvilken betydning, dette vil få for en konkret anvendelse af konkurrencelovgivningen, er uvist.

<sup>41</sup> Bemærkningerne til § 2 i lovforslag 172/1996.

# Festen er forbi ...

– mere om reguleringen af ratingbureauer

af

*Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*

*»Festen er forbi, festen den var lang,  
så nu er der endnu længere hjem, end da jeg gik derhen.«*

*Juncker, 2006*

## 1. Indledning

Der er sagt og skrevet meget om den aktuelle finansielle krise, herunder om ratingbureauers mangelfulde vurderinger af en række finansielle instrumenter og kreditinstitutter samt om betydningen heraf for krisens udvikling og omfang. På internationalt plan har der fx været fokus på de mangelfulde vurderinger og dermed ratings af de amerikanske subprime-lån i forbindelse med disses finansiering via securitisation. Det er almindelig anerkendt, at ratingbureauernes mangelfulde vurderinger har bidraget til den finansielle krise.

I USA har institutionelle investorer i et gruppesøgsmål sagsøgt ratingbureauerne Moody's Corporation, Standard & Poor's og Fitch Ratings. De institutionelle investorer har tabt milliardbeløb på subprime-værdipapirer, der alle var ratet og forsynet med den højest opnåelige kreditværdighed AAA. Erstatningssagen var oprindeligt anlagt mod investeringsbanken Lehman Brothers. De tre ratingbureauer blev imidlertid inddraget, da Lehman Brothers er gået konkurs. Appeldomstolen i New York har i maj 2011 afgjort, at de tre ratingbureauer ikke er erstatningsansvarlige for investorenes tab. Kendelsen vil formentlig blive forsøgt indbragt for USA's Supreme Court.<sup>1</sup>

På nationalt plan har der også været en del bemærkninger vedrørende ratingbureauernes ratings af finansielle virksomheder, fx ratingen af Amagerbanken ganske kort tid før banken krakkede. I skrivende stund har Realkredit Danmark opsagt samarbejdet med Moody's som følge af, at Moody's som et resultat af modelberegninger har bedt Realkredit Danmark stille 32,5

<sup>1</sup> Se fx Thomson Reuters amerikanske nyhedsbrev *News and Insight* fra den 11. maj 2011.

mia. kr. i yderligere overdækning for at fastholde sin nuværende AAA-rating.

På EU-plan har man valgt at regulere området ved en såkaldt hybridmodel. Ratingbureauer er reguleret i forordning nr. 1060/2009. Disse regler suppleres af sektorens selvregulering i form af et adfærdskodeks. Dette kodeks er udarbejdet af IOSCO (International Organization of Securities Commissions). Europa-Kommissionen fremsatte i 2010 et forslag til en ændring af forordningen. Ændringsforslaget vedrørte primært Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndigheds (herefter *ESMA*) tilsynsbeføjelser over for ratingbureauer. Ændringsforslaget indeholdt desuden bestemmelser om konkurrerende ratingbureauers adgang til visse oplysninger. I maj 2011 vedtog Europa-Parlamentet og Rådet forordning nr. 513/2011 om ændring af forordning nr. 1060/2009 om kreditvurderingsbureauer.<sup>2</sup>

I 2009-udgaven af Juridiske Emner skrev vi artiklen »Sikken fest vi har haft...«, der vedrørte EU-Kommissionens forslag til ovennævnte forordning 1060/2009.<sup>3</sup> Med denne artikel forsøger vi at gøre rede for den efterfølgende europæiske udvikling på området. I denne artikel behandles således nogle af de nye regler på området samt et af de forslag, der ikke blev vedtaget.<sup>4</sup>

## 2. Historik

Indledningsvis skal historikken på området gennemgås kort, da dette bidrager til forståelsen af det samlede retskildebillede på området og baggrunden herfor.

### 2.1. IOSCO

I september 2003 offentliggjorde IOSCO en række overordnede principper for ratingbureauers aktiviteter. Formålet med disse var at forbedre investorbeskyttelsen samt fairness, effektivitet og gennemsigtighed på værdipapirmarkederne. Implementeringen af principperne i de enkelte ratingbureauer var ikke omtalt, hvilket gav anledning til nogle problemer. Dette var baggrunden for, at IOSCO i december 2004 udarbejdede et mere detaljeret adfærdskodeks – Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies – i hvilket der gives vejledning om, hvordan implementeringen af principper-

<sup>2</sup> I denne artikel anvendes herefter den mere mundrette betegnelse *ratingbureauer* i stedet for betegnelsen kreditvurderingsbureauer.

<sup>3</sup> KOM (2008) 704.

<sup>4</sup> I USA har området tilsvarende været reguleret ved selvregulering, den såkaldte NRSRO-model. Med US Credit Rating Agency Reform Act of 2006, der trådte i kraft den 27. juni 2007, blev der etableret en lovgivningsmæssig ramme for registreringen af NRSRO (Nationally Recognized Statistical Rating Organizations). Se nærmere *Jette Signe Kristiansen og Jonas Birk Jakobsen* i *Rating af finansielle virksomheder* (red. *Lennart Lynge Andersen*), 2009, s. 38 ff.

ne fra 2003 kan ske i praksis. IOSCO's adfærdskodeks blev revideret i maj 2008 som følge af, at finanskrisen afslørede nogle problemer vedrørende ratingbureauernes vurdering af strukturerede produkter.<sup>5</sup>

## 2.2. Fællesskabsregulering

Indtil forordning 1060/2009 trådte i kraft, indeholdt fællesskabslovgivningen kun begrænsede aspekter specifikt vedrørende kreditvurderinger og ratingbureauer. Kreditvurderinger udgjorde fx ikke anbefalinger i den i direktiv 2003/125/EF til gennemførelse af markedsmisbrugsdirektivet (direktiv 2003/6/EF) anvendte betydning. Det følger imidlertid af betragtning 10 i direktivet, at:

»Kreditvurderingsbureauer bør dog overveje at indføre interne politikker og procedurer, som skal sikre, at de kreditvurderinger, de offentliggør, fremlægges på redelig måde, og at de i tilstrækkeligt omfang afslører betydelige interesser eller interessekonflikter vedrørende de finansielle instrumenter eller udstedere, som deres kreditvurdering vedrører.«

I henhold til kapitalkravsdirektivet (2006/48/EF) kan der anvendes eksterne kreditvurderinger til bestemmelse af risikovægtning og deraf følgende kapitalkrav, jf. art. 80. De eksterne kreditvurderinger kan kun anvendes, såfremt ratingbureauet er godkendt af kompetente myndigheder, jf. art. 81, stk. 1. Godkendelsesproceduren beskrives i bilag VI, del 2, til kapitalkravsdirektivet.<sup>6</sup>

## 2.3. Specifik fællesskabslovgivning

I marts 2006 erklærede Kommissionen, at der ikke på dette tidspunkt var behov for nye lovgivningsinitiativer vedrørende ratingbureauernes virksomhed. Det vurderedes den gang, efter at Kommissionen nøje havde overvejet behovet for nye lovgivningsforslag, at den rette balance mellem lovgivning og selvregulering var fundet på dette tidspunkt. Kommissionen anførte således, at »der ikke for indeværende er behov for nye lovgivningsinitiativer. Et af de centrale principper bag »bedre lovgivning« er, at der kun bør anvendes lovgivningsmæssige løsninger, når disse er strengt nødvendige af hensyn til almenvellet.«<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Se nærmere IOSCO's hjemmeside [www.iosco.org](http://www.iosco.org) samt *Jette Signe Kristiansen og Jonas Birk Jakobsen* i *Rating af finansielle virksomheder* (red. *Lennart Lynge Andersen*), 2009, s. 73 ff.

<sup>6</sup> Se nærmere *Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind* i *Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009* (red. *Hans Viggo Godsk Pedersen*), s. 141 og samt *Jette Signe Kristiansen og Jonas Birk Jakobsen* i *Rating af finansielle virksomheder* (red. *Lennart Lynge Andersen*), 2009, s. 52 ff.

<sup>7</sup> Kommissionens meddelelse af 11/3 2006 (EUT C 59/2), punkt 4.



Kommissionen henviste til, at der allerede fandtes tre nye direktiver om finansielle tjenesteydelser,<sup>8</sup> som omfattede ratingbureauer, og at disse direktiver – sammen med selvregulering blandt ratingbureauerne på grundlag af den nyligt vedtagne IOSCO-kodeks – ville give et passende svar på alle de væsentligste betænkeligheder, som Europa-Parlamentet havde gjort opmærksom på. Parlamentets betænkeligheder gik bl.a. på kvaliteten af kreditvurderingerne, spørgsmålet om, hvordan bureauerne når frem til deres vurderinger, spørgsmålet om uafhængighed og objektivitet i fremgangsmåden samt spørgsmålet om koncentrationen inden for branchen og dens mulige betydning for konkurrencen på området. I Committee of European Securities Regulators (CESR) rådgivning til Kommissionen var der i øvrigt gjort opmærksom på, at den rette balance mellem lovgivning og selvregulering var blevet fundet, ligesom der ikke for indeværende var behov for yderligere lovgivningsinitiativer.

I forlængelse heraf anførte Kommissionen, at den nye ordning kun ville give de ønskede resultater, hvis ratingbureauerne tog selvreguleringen tilstrækkeligt alvorligt. Kommissionen anførte ligeledes, at den ville fortsætte med at overvåge udviklingen på området nøje, og at kreditvurderingsbranchen burde gøre sig det klart, at Kommissionen kunne blive nødt til at gennemføre lovgivning, såfremt der ikke i tilstrækkelig grad blev levet op til EU-reglerne eller adfærdskodeksen, og hvis dette skadede EU's kapitalmarkeder. Slutteligt anførte Kommissionen, at den også ville fremsætte lovforslag, hvis nye omstændigheder opstod, herunder alvorlige problemer med markedssvigt. Væsentlige ændringer i reguleringen i andre verdensdele kunne ligeledes medføre, at det ville blive nødvendigt for Kommissionen at tage sin metode op til revision.<sup>9</sup>

I november 2008 fremsatte Kommissionen et forslag til en forordning om ratingbureauer. I forbindelse med fremsættelsen anførte Kommissionen bl.a., at selvreguleringen på basis af frivillig overholdelse af IOSCO-adfærdskodeksen ikke syntes at have været »en passende og pålidelig løsning på de strukturelle mangler i denne sektor.«<sup>10</sup> En række forskellige ordninger med selvregulering efter initiativ af sektoren selv fandtes for hovedpartens vedkommende ikke at have været solide eller strenge nok til at imødegå de alvorlige problemer og til at genetablere tilliden til markederne. Den reviderede IOSCO-adfærdskodeks blev i den forbindelse betraget som en global reference. Kommissionen fandt dog visse mangler ved kodeksen, der skulle udbedres, før reglerne kunne blive fuldt operationelle. Nogle af IOSCO-reglerne er ganske abstrakte og generiske, og det anførtes, at disse burde præciseres nærmere og i visse tilfælde konsolideres med henblik på i

<sup>8</sup> De to ovennævnte direktiver samt MiFID-direktivet.

<sup>9</sup> Kommissionens meddelelse af 11/3 2006 (EUT C 59/2).

<sup>10</sup> KOM (2008) 704, punkt 1.1.

praksis at gøre det nemmere at anvende dem og også med henblik på at gøre dem mere effektive. Det blev i den forbindelse nævnt, at kodeksen fx ikke indeholder nogen håndhævelsesmekanismer. Der opfordres blot til, at ratingbureauerne begrundes, hvorfor de ikke overholder kodeksen. Der henvises endvidere til, at de fleste ratingbureauer med betydelige aktiviteter i EU har deres modervirksomhed i USA, hvor ratingbureauerne siden 2007 har været underlagt regulering og kontrol. Kreditvurderingsaktiviteterne er af global karakter, og det bemærkedes derfor, at det er vigtigt, at der opstilles fælles spilleregler for EU og USA. Dette skulle således ske ved at etablere et regelsæt i EU, der svarer til og bygger på samme principper som det amerikanske.

Der var fire overordnede mål med hensyn til at forbedre udarbejdelsen af kreditvurderinger:

- for det første at sikre, at kreditvurderingsbureauerne undgår interessekonflikter i forbindelse med vurderingsprocessen eller i det mindste håndterer sådanne konflikter på passende vis
- for det andet at forbedre kvaliteten af de metoder, som kreditvurderingsbureauerne anvender, og vurderingernes kvalitet
- for det tredje at øge åbenheden og klarheden ved at indføre oplysningspligt for kreditvurderingsbureauer
- for det fjerde at sikre nogle effektive regler om registrering og kontrol for således at forhindre forum-shopping og regelarbitrage mellem jurisdiktioner i EU.<sup>11</sup>

Forslaget blev vedtaget i april 2009 og resulterede i forordning nr. 1060/2009 om kreditvurderingsbureauer. I forordningen anføres det bl.a., at ratingbureauerne kritiseres for på den ene side i deres kreditvurdering ikke i tide at have givet indikationer om en forværring af markedet og på den anden side for ikke i tide at have tilpasset kreditvurderingerne som følge af den stadig forværrede krise. Med henblik på at forbedre kvaliteten af kreditvurderinger, navnlig vurderinger der skal anvendes af finansielle institutioner og personer omfattet af harmoniserede fællesskabsregler, var det således nødvendigt at etablere et fælles regelsæt.<sup>12</sup>

I juni 2010 fremsatte Kommissionen et forslag om ændring af forordningen.<sup>13</sup> Et væsentligt element i 2009-reguleringen af ratingbureauer var indførelsen af en eksternt tilsynsordning. De forskellige europæiske tilsynsmyndigheder skulle således føre tilsyn med ratingbureauernes udstedelse af

<sup>11</sup> KOM (2008) 704, pkt. 1.1. Forslaget er behandlet af *Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind* i *Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009* (red. *Hans Viggo Godsk Pedersen*), s. 138 ff.

<sup>12</sup> Forordning nr. 1060/2009, betragtning 10 og 11.

<sup>13</sup> KOM (2010) 289.

kreditvurderinger. Tilsynet var baseret på kollegier af kompetente myndigheder fra medlemsstaterne. Dette gav de berørte kompetente myndigheder mulighed for at deltage i registreringen og tilsynet med ratingbureauerne. En endelig afgørelse skulle dog træffes af den kompetente myndighed i hjemlandet.

Det skal bemærkes, at det allerede i betragtning 51 i 2009-forordningen er anført, at den nuværende tilsynsstruktur ikke burde betragtes som en langsigtet løsning i relation til tilsynet med ratingbureauer. Baggrunden for 2010-forslaget er den nye tilsynsstruktur i Europa og beslutningen om, at den nye Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed (ESMA) skal have direkte tilsynsbeføjelser over for ratingbureauer. Ændringsforslaget medfører ikke ændringer for så vidt angår de materielle betingelser for registrering og senere løbende betingelser. Ændringsforslaget blev som allerede nævnt vedtaget i maj 2011.

### 3. Forordning 1060/2009/EF

2009-forordningen er udarbejdet med udgangspunkt i Lamfalussy-proceduren, der er en lovgivningsprocedure på kapitalmarkedsområdet.<sup>14</sup> Lamfalussy-proceduren indeholder 4 niveauer – 2 legislative og 2 implementerende. I modsætning til flere direktiver på kapitalmarkedsområdet findes både rammebestemmelserne og gennemførelsesforanstaltningerne, for så vidt angår ratingbureauer, inden for samme regelsæt. Forordningen indeholder således en række principper, der skal sikre opfyldelsen af nogle centrale mål, mens de tekniske detaljer, i hvilke principperne præciseres, findes i nogle bilag til forordningen. Kommissionen kan ændre de tekniske bestemmelser i bilagene i overensstemmelse med Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen.<sup>15</sup> Så vidt ses har Kommissionen ikke udnyttet denne kompetence i skrivende stund.

Anvendelsesområdet for 2009-forordningen er kreditvurderinger, der udstedes af ratingbureauer registreret i Fællesskabet, og som offentliggøres eller distribueres pr. abonnement, jf. art. 2, stk. 1.

I art. 4 fastslås det, at de opregnede finansielle virksomheder, fx kreditinstitutter som defineret i direktiv 2006/48/EF, kun kan anvende kreditvurderinger i reguleringssøjemed, »hvis disse vurderinger er udstedt af kreditvurderingsbureauer, som er etableret i Fællesskabet og registreret i henhold til denne forordning.« *Reguleringsøjemed* defineres i art. 3, stk. 1, litra g som

<sup>14</sup> Se fx *Mette Winther Lofquist*, EU's pengeinstitutlovgivning, 2008, s. 332 ff. og *Poul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten I, Regulering, markedsaktører og tilsyn, 4. udg., 2011, s. 47 ff.

<sup>15</sup> KOM (2008) 704 og EFT L 184 af 17. juli 1999, s. 23.

anvendelsen af kreditvurderinger specifikt med henblik på overholdelse af fællesskabsretten som gennemført i medlemsstaternes nationale lovgivning.

De opregnede finansielle virksomheder kan også anvende kreditvurderinger udstedt i et tredjeland, såfremt de er valideret af et ratingbureau, der er etableret i Fællesskabet og registreret i overensstemmelse med forordningen, jf. art. 4, stk. 4. Kreditvurderingsbureauer etableret i Fællesskabet og registreret i overensstemmelse med forordningen kan validere kreditvurderinger udstedt i tredjelande, når kreditvurderingsaktiviteterne, der ligger til grund for kreditvurderingen, opfylder nogle opregnede betingelser, jf. art. 4, stk. 3. Det følger fx af litra f, at kreditvurderingsbureauet etableret i et tredjeland skal være godkendt eller registreret og underlagt tilsyn i tredjelandet.

Reglerne om uafhængighed og om forebyggelse af interessekonflikter i forbindelse med udstedelse af kreditvurderinger følger af forordningens afsnit II, mens reglerne om tilsyn med kreditvurderingsaktiviteter følger af afsnit III. Det følger fx af art. 6, stk. 1, at ratingbureauer skal træffe nødvendige foranstaltninger for at sikre, »at udstedelsen af en kreditvurdering ikke påvirkes af eventuelle eksisterende eller potentielle interessekonflikter eller forretningsrelationer, der berører det kreditvurderingsbureau, som udsteder kreditvurderingen, dets ledere, kreditvurderingsanalytikere, ansatte, enhver anden fysisk person, hvis tjenester stilles til rådighed for eller kontrolleres af kreditvurderingsbureauet, eller enhver person, der er direkte eller indirekte forbundet med bureauet ved et kontrolforhold.« Det følger af forordningens bilag I, afsnit A (organisatoriske krav) og B (driftskrav), hvilke krav ratingbureauerne skal overholde for at sikre, at art. 6, stk. 1 bliver overholdt.<sup>16</sup>

De af ratingbureauerne anvendte metoder, modeller og udgangshypoteser er reguleret i forordningens art. 8. Det følger fx af art. 8, stk. 2, at ratingbureauer skal vedtage, gennemføre og håndhæve passende foranstaltninger med henblik på at sikre, at kreditvurderingerne, der udstedes,

»er baseret på en grundig analyse af alle de oplysninger, som det er i besiddelse af, og som er relevante for analysen i henhold til de anvendte vurderingsmetoder. Det skal træffe alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de oplysninger, som det anvender ved udstedelsen af en kreditvurdering, er af tilstrækkelig kvalitet og stammer fra pålidelige kilder.«

De vurderingsmetoder, der anvendes, skal være stringente, systematiske og kontinuerlige, og de skal verificeres på baggrund af den historiske erfaring, herunder nærmere efterprøvning (»backtesting«), jf. art. 8, stk. 3.

<sup>16</sup> Forordningens art. 6, stk. 2.

#### 4. Forordning 513/2011/EU

Det primære formål med 2011-ændringen er at sikre et effektivt og centraliseret EU-tilsyn med ratingbureauerne. Dette medfører samtidig bedre investorbekyttelse.

##### 4.1. Centraliseret tilsyn

Den væsentligste ændring vedrører tilsynsspørgsmålet og har nær sammenhæng med den nye europæiske tilsynsstruktur, der trådte i kraft 1. januar 2011. Da forordningen blev vedtaget i 2009, var den nye europæiske tilsynsstruktur med europæiske tilsynsmyndigheder ikke endeligt på plads endnu. Man lavede derfor en midlertidig løsning med tilsynskollegier bestående af nationale tilsynsmyndigheder, der i samarbejde skal forestå tilsynet med ratingbureauerne med CESR som koordinerende organ.

Selvom den daværende løsning havde den fordel, at alle relevante tilsynsmyndigheders interesser blev inddraget i tilsynsprocessen, så var der samtidig en række problemer forbundet med denne model. Den indebar således bl.a. en risiko for kompetencekonflikter, idet de geografiske skillelinjer mellem de enkelte nationale tilsynsmyndigheder ikke var trukket særlig skarpt op. Sådanne konflikter kunne på den ene side føre til manglende tilsyn i relation til visse spørgsmål og på den anden side til dobbeltarbejde. Samtidig kan en decentraliseret tilsynskompetence føre til forskellig og inkonsekvent anvendelse af forordningen blandt de enkelte tilsynsmyndigheder, ligesom de koordinerings- og høringsregler, der var en følge af, at alle berørte myndigheder skulle deltage i tilsynsarbejdet, indebar en besværlig og tidskrævende administrativ procedure. Tilsynsstrukturen hæmmede således evnen til at levere rettidige og effektive resultater. For ratingbureauerne betød modellen endvidere, at de skulle have kontakt med flere tilsynsmyndigheder vedrørende samme anliggende.<sup>17</sup>

EU's nye tilsynsstruktur, der trådte i kraft 1. januar 2011, muliggør en løsning af disse problemer. Denne gennemgås derfor kort i det følgende afsnit. I forlængelse heraf behandles ændringerne til forordning 1060/2009/EF fsva. tilsynsspørgsmålet.

##### 4.1.1. Ny Europæisk tilsynsstruktur

Den finansielle krise foranledigede, at en lang række initiativer blev taget på såvel nationalt, europæisk som internationalt plan med henblik på at hindre fremtidige tilsvarende kriser. Et af disse initiativer var en ændring af den europæiske finansielle tilsynsstruktur, idet krisen havde afsløret, at der manglede samarbejde, koordinering, ensartethed og tillid mellem de nationale til-

<sup>17</sup> KOM (2010) 679, s. 3.

syn, der ikke var tilpasset det forhold, at mange finansielle virksomheder i dag driver forretning på tværs af grænserne.<sup>18</sup>

Den nye tilsynsstruktur er udtryk for en ganske omfattende revision og ændring af det hidtidige europæiske tilsynssystem. Strukturen er baseret på 2 søjler, idet den omfatter et europæisk råd for systemiske risici (ESRB), der har ansvaret for *makrotilsynet* med EU's finansielle system som helhed, samt et europæisk finanstillsynssystem (ESFS) bestående af 3 nye europæiske tilsynsmyndigheder, der skal styrke og koordinere *mikrotilsynet*, dvs. tilsynet med de enkelte finansielle virksomheder i forhold til henholdsvis bank- forsikrings- og værdipapirmarkedene, jf. nærmere nedenfor. Hele denne tilsynspakke bygger på en række anbefalinger fra den såkaldte Larosière-gruppe, der under formandskab af Jacques de Larosière i februar 2009 afgav rapport om det fremtidige finansielle tilsyn i EU.<sup>19</sup> I det følgende beskrives den nye tilsynsstruktur i hovedtræk.

Det nye tilsynssystem er underlagt de politiske myndigheder i EU og skal tage hensyn til alle medlemsstaternes interesser samt behovet for et velafbalanceret, styrket og tillidsvækkende forhold mellem myndighederne i hjemlandet og værtslandet.<sup>20</sup>

Den nye tilsynsstruktur består som nævnt af 2 søjler i form af henholdsvis et makro- og et mikrotilsyn. Makrotilsynet skal varetages af *European Systemic Risk Board* (ESRB), mens *European System of Financial Supervision* (ESFS) skal tage sig af mikrotilsynet. I den forbindelse er der blevet oprettet tre nye europæiske tilsynsmyndigheder (ESA'er) for henholdsvis bank (*European Banking Authority* (EBA)), forsikring og pension (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA)) og værdipapirmarkeder (*European Securities and Markets Authority* (ESMA)). Disse tre organer har erstattet de tre niveau 3-tilsynsudvalg – CEBS, CESR og CEIOPS, der alene har fungeret som rådgivende organer for Kommissionen.

ESRB har til opgave at forebygge og reducere systemiske risici på sektorplan eller i det finansielle system som helhed,<sup>21</sup> mens ESFS parallelt hermed skal arbejde for at sikre soliditet i de enkelte finansielle virksomheder for hermed at beskytte aftagerne af de finansielle tjenesteydelser.

Til grund for etableringen af ESRB ligger en forordning<sup>22</sup> samt en rådsbeslutning, der pålægger Den Europæiske Centralbank (ECB) at yde sekretari-

<sup>18</sup> KOM (2009) 252, s. 2.

<sup>19</sup> Larosière-gruppen havde i november 2008 fået mandat til at foreslå anbefalinger til en reform af det finansielle system med særligt fokus på organisering af tilsyn.

<sup>20</sup> KOM (2009) 252, s. 4.

<sup>21</sup> Systemisk risiko kan i denne forbindelse defineres som risikoen for alvorlige negative konsekvenser for hele sektoren eller hele systemet som følge af en svækkelse af dele af sektoren/systemet.

<sup>22</sup> Forordning nr. 1092/2010.

atsbistand til ESRB inden for ECB's eget budget.<sup>23</sup> Til grund for etableringen af de tre ESA'er ligger tre forordninger – en forordning for hver myndighed.<sup>24</sup> De tre forordninger er mere eller mindre identiske. De væsentligste forskelle vedrører målsætningerne for de enkelte myndigheder, indsatsområderne og definitionerne, som er afpasset efter den konkrete sektors særlige forhold.

De to søjler er uafhængige af hinanden, men forudsætter hverandre for at sikre et effektivt finansielt tilsyn. For at kunne varetage makrotilsynet vil ESRB således kunne have behov for en række harmoniserede oplysninger om mikroniveauet, ligesom ESRC's indsigt i makromiljøet vil være givtigt for de nationale myndigheders mikrotilsyn. Af disse grunde vil samspil og informationsudveksling mellem søjlerne være af stor betydning. Med henblik på at sikre et sådant samarbejde og en tilstrækkelig sammenhæng mellem de to søjler indgår formændene for de tre europæiske tilsynsmyndigheder som medlemmer i ESRB's styringskomité, mens en repræsentant for ESRB er observatør i ESFS's tilsynsråd.

Kendetegnende for de tre europæiske mikrotilsynsmyndigheder er, at det som udgangspunkt ikke er dem, der direkte skal foretage tilsynet med de enkelte finansielle virksomheder. Der er snarere tale om, at de tre myndigheder fører tilsyn med de nationale tilsynsmyndigheder, der varetager dette daglige tilsyn – særligt fsva. disses samarbejde om tilsynet med grænseoverskridende finansielle koncerner. En undtagelse til dette udgangspunkt findes i forordning nr. 513/2011, der tildeler ESMA en direkte tilsynsrolle, jf. nærmere nedenfor.

#### *4.1.2. ESMA's kompetence i forhold til ratingbureauer*

Larosière-gruppen anførte i sin rapport fra februar 2009, at registreringen af og tilsynet med ratingbureauer burde varetages af én central myndighed.<sup>25</sup> I forlængelse heraf foreslog Kommissionen i maj 2009 i sin meddelelse om finansielt tilsyn i Europa, at de europæiske tilsynsmyndigheder skulle have ansvaret for godkendelse af og tilsyn med virksomheder, der dækker hele Europa, herunder ratingbureauer.<sup>26</sup> I juni 2009 tilsluttede Det Europæiske Råd sig Kommissionens forslag og anførte, at en europæisk værdipapir- og markedstilsynsmyndighed burde have tilsynsbeføjelser over for ratingbureauer.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Beslutning nr. 1096/2010.

<sup>24</sup> Forordning nr. 1093/2010, Forordning nr. 1094/2010 og Forordning nr. 1095/2010.

<sup>25</sup> Larosière-rapporten, 2009, s. 19f. Larosière-gruppen foreslog i den forbindelse, at denne opgave burde ligge hos det tidligere europæiske værdipapirtilsynsudvalg CESR.

<sup>26</sup> KOM (2009) 252, s. 11.

<sup>27</sup> Det Europæiske Råd den 18.-19. juni 2009, Formandskabets konklusioner, nr. 20.

Selvom der formentlig har været politisk vilje til at indføre et centralt europæisk tilsyn med ratingbureauerne, var hverken de faktiske eller retlige rammer til stede på det tidspunkt, hvor forordning 1060/2009 blev vedtaget.<sup>28</sup> Med vedtagelsen af forordning 1095/2010 om oprettelse af en europæisk værdipapirtilsynsmyndighed blev rammerne herfor skabt.

#### *4.1.2.1. Registreringskompetence*

For at et ratingbureaus kreditvurderinger kan anvendes i reguleringsøjemed, skal bureauet registreres, såfremt det er en juridisk person etableret inden for Fællesskabet, jf. forordning 1060/2009, art. 14, stk. 1.

Tidligere var det den kompetente myndighed i ratingbureauets hjemland, der meddelte registrering af et ratingbureau, hvis det blev vurderet, at det opfyldte forordning 1060/2009's betingelser for udstedelse af kreditvurderinger. Denne kompetence er nu overflyttet til ESMA, jf. forordning 513/2011, art. 1, stk. 8, litra c (fremover forordning 1060/2009, art. 14, stk. 4).<sup>29</sup>

Tidligere skulle ansøgning om registrering indgives til CESR, jf. forordning 1060/2009, art. 15, stk. 1. Det skal ifølge forordning 513/2011 nu ske til ESMA.

Ansøgningen kan indgives på et hvilket som helst af EU-institutionernes officielle sprog, jf. ny art. 15, stk. 3, hvor ansøgningen tidligere skulle indgives på det sprog, der krævedes i medfør af hjemlandets lovgivning, samt på et sprog, der sædvanligvis anvendes i internationale finansielle kredse.

Den videre proces var herefter tidligere den, at CESR senest 5 dage efter modtagelsen af ansøgningen skulle videresende en kopi til de kompetente myndigheder i alle medlemsstater. Samtidig skulle CESR senest 10 dage efter modtagelsen rådgive den kompetente myndighed i hjemlandet om, hvorvidt ansøgningen var fuldstændig, jf. 15, stk. 4. Herefter havde den kompetente myndighed i hjemlandet og medlemmerne af det relevante tilsynskollegium 25 dage til at undersøge ansøgningens fuldstændighed.

Hvis det blev vurderet, at ansøgningen var tilfredsstillende, skulle hjemlandets kompetente myndighed underrette ratingbureauet, de øvrige medlemmer af tilsynskollegiet samt CESR herom, jf. stk. 5. Vurderedes det derimod, at ansøgningen ikke var fuldstændig, skulle hjemlandets kompetente myndighed fastsætte en tidsfrist, inden for hvilken ratingbureauet skulle stille supplerende oplysninger til rådighed for den og for CESR. De øvrige til-

<sup>28</sup> Forordning 1060/2009, præambelens betragtning 51.

<sup>29</sup> Da forordningen i skrivende stund ikke foreligger i konsolideret version, anvendes der i det følgende betegnelsen »ny« efterfulgt af det nye paragrafnummer i forordning 1060/2009 i relation til de med forordning 513/2011 ændrede bestemmelser.



synskollegiemedlemmer og CESR skulle endvidere underrettes herom. Når CESR havde modtaget de supplerende oplysninger, skulle disse senest 5 dage efter videresendes til de kompetente myndigheder i alle andre medlemsstater, jf. stk. 6.

Dette forløb er nu blevet meget administrativt lettere, idet der kun er én myndighed – ESMA – indblandet i processen. Det betyder også, at registreringsprocessen kan gennemføres meget hurtigere. Således skal ESMA senest 20 dage efter modtagelsen af ansøgningen vurdere, om denne er tilfredsstillende, jf. ny art. 15, stk. 4. Er dette tilfældet, skal alene ratingbureauet underrettes.

Også processen omkring selve behandlingen af den indsendte ansøgning er blevet væsentlig forenklet med forordning 513/2011. ESMA skal således nu blot senest 45 arbejdsdage efter at have underrettet ratingbureauet om ansøgningens fuldstændighed vedtage en fuldt begrundet afgørelse om meddelelse eller nægtelse af registrering. Ratingbureauet skal underrettes herom senest 5 arbejdsdage efter afgørelsen, jf. ny art. 18. Tidligere var processen noget mere omstændelig og langsommelig, idet alle medlemmerne af det relevante tilsynskollegium skulle inddrages og høres.

Således skulle hjemlandets kompetente myndighed og de øvrige tilsynskollegiemedlemmer i fællesskab behandle ansøgningen. Var der ikke enighed blandt kollegiemedlemmerne, skulle hjemlandets kompetente myndighed udarbejde et forslag til afgørelse om nægtelse af registrering på grundlag af de skriftlige udtalelser fra de kollegiemedlemmer, der modsatte sig registreringen, og fremsende dette til en koordinator. Samtidig skulle de kollegiemedlemmer, der fandt, at der burde meddeles ratingbureauet registrering, udarbejde en redegørelse for deres holdning og fremsende denne til koordinatoren. Herefter skulle koordinatoren orientere CESR om tilsynskollegiets forslag til afgørelse(r). Dette skulle ske senest 60 dage efter, at ratingbureauet var blevet underrettet om, at dettes ansøgning var vurderet tilfredsstillende. Senest 20 dage efter denne orientering skulle CESR over for kollegiemedlemmerne afgive sin rådgivning om ratingbureauets overholdelse af registreringskravene, hvorefter disse skulle foretage en ny behandling af forslaget til afgørelse. Senest 15 dage efter rådgivningen fra CESR skulle den kompetente myndighed i hjemlandet vedtage en endelig afgørelse om meddelelse eller nægtelse af registrering. Foretog CESR ikke rådgivning, skulle den endelige afgørelse træffes senest 30 dage efter orienteringen af CESR, jf. forordning 1061/2009, art. 16. Afgørelsen skulle herefter inden 5 dage meddeles til ratingbureauet, jf. art. 18.

Opfylder ratingbureauet ikke efterfølgende de betingelser, der lå til grund for registreringen, eller har bureauet opnået registrering på grundlag af urigtige erklæringer eller ikke udstedt kreditvurderinger i de seks forudgående måneder, trækker ESMA registreringen tilbage, jf. ny art. 20. Tidligere lå denne kompetence hos hjemlandets kompetente myndighed, men forud for et sådant tiltag lå en lang høringsproces og -periode med inddragelse af det

relevante tilsynskollegiums medlemmer, koordinatoren og CESR, jf. forordning 1060/2009, art. 20.<sup>30</sup>

#### *4.1.2.2. Tilsynskompetence*

ESMA skal ifølge ny art. 21, stk. 1 sikre, at forordning 1060/2009 finder anvendelse.

I forbindelse med det løbende tilsyn skal ESMA regelmæssigt undersøge, om ratingbureauerne anvender stringente, systematiske og kontinuerlige vurderingsmetoder, og om de nærmere efterprøver disse metoder (back-testing), jf. ny art. 22a). Tilsynet vedrører dog ikke kreditvurderingernes indhold, jf. ny art. art. 23.

Med henblik på udførelsen af sin tilsynsopgave er ESMA tillagt beføjelse til at kræve, at ratingbureauerne og personer, der er involveret i kreditvurderingsaktiviteter, udleverer alle oplysninger af betydning for ESMA's tilsyn.<sup>31</sup> Samme beføjelse har det danske Finanstilsyn i relation til dettes tilsyn med de nationale finansielle virksomheder. Ratingbureauet er ikke forpligtet til at udlevere oplysningerne, jf. ny art. 23b, stk. 2, litra e, medmindre ESMA ved afgørelse kræver forelæggelse af oplysningerne, jf. ny art. 23b, stk. 3.

ESMA har ligeledes mulighed for at foretage undersøgelser af ratingbureauerne og personer, der er involveret i kreditvurderingsaktiviteter, bl.a. ved at undersøge registre, data og procedurer, at anmode om mundtlige eller skriftlige forklaringer på forhold vedrørende undersøgelsens genstand og formål samt at anmode om oplysninger om telefonsamtaler og datatrafik, jf. ny art. 23c, stk. 1.

Endelig kan ESMA også foretage kontrolundersøgelser på stedet af ratingbureauernes forretningslokaler, herunder også uvarslede kontroller, jf. ny art. 23d, stk. 1. I forbindelse med kontrolundersøgelserne kan ESMA's repræsentanter foretage undersøgelser som ovenfor nævnt, ligesom de har beføjelse til at forsegle alle forretningslokaler samt bøger og/eller forretningspapirer, så længe det er nødvendigt for at kunne foretage kontrollen, jf. stk. 2.

I relation til tilsynsopgaven tillægges ESMA ikke yderligere beføjelser end de, som de kompetente myndigheder tidligere var tillagt, men reglerne

<sup>30</sup> Den kompetente myndighed i en medlemsstat, hvor ratingbureauets kreditvurderinger anvendes, kan nu anmode ESMA om at undersøge, om betingelserne for tilbagetrækning af ratingbureauets registrering er opfyldt, hvis myndigheden er af den opfattelse, jf. ny art. 20, stk. 2.

<sup>31</sup> Denne beføjelse gælder også i forhold til kreditvurderede enheder og tilknyttede tredjeparter, tredjeparter hvortil ratingbureauerne har outsourcet driftsmæssige funktioner, eller aktiviteter og personer der på anden vis har en tæt og væsentlig forbindelse til eller er forbundet med ratingbureauer eller kreditvurderingsaktiviteter.

om disse er uddybet væsentlig i ændringsforordningen i forhold til, hvad tilfældet var i den oprindelige forordning.

Med henblik på at få ratingbureauerne og de personer, der er involveret i kreditvurderingsaktiviteter, til at afgive oplysninger efter art. 23b, underkaste sig undersøgelser efter art. 23c og/eller kontroller på stedet efter art. 23d kan ESMA's tilsynsråd pålægge daglige tvangsbøder, jf. ny art. 36b, stk. 1 og 2.

Af den hidtidige forordnings art. 24, stk. 1 fulgte det, at den kompetente myndighed kunne iværksætte foranstaltninger mod et ratingbureau, hvis dette ikke opfyldte de forpligtelser, der fulgte af loven. I ændringsforordningen er der nu indsat et bilag (bilag III), der specifikt opregner, hvilke overtrædelser der kan give anledning til tilsynsforanstaltninger. Bilaget må med dets 73 forskellige forhold anses som udtømmende.

Fastsår ESMA's tilsynsråd,<sup>32</sup> at ratingbureauet har gjort sig skyldig i en eller flere af disse overtrædelser, kan det træffe afgørelse om at 1) trække ratingbureauets registrering tilbage, 2) udstede et midlertidigt forbud mod, at ratingbureauet udsteder kreditvurderinger, indtil overtrædelser er bragt til ophør, 3) suspendere anvendelsen af kreditvurderingen i reguleringssøjmed, indtil overtrædelser er bragt til ophør,<sup>33</sup> 4) kræve, at ratingbureauet bringer overtrædelser til ophør eller 5) offentliggøre meddelelser om overtrædelser, jf. ny art. 24, stk. 1.

Spørgsmålet om, hvilken tilsynsforanstaltning der skal iværksættes, er underlagt proportionalitetsprincippet. Der tages således hensyn til 1) overtrædelsernes art og alvor ud fra dennes varighed og hyppighed, 2) om den har afsløret alvorlige eller systemiske svagheder ved virksomhedens procedurer, dets forvaltningssystemer eller de interne kontroller, 3) om øko-

<sup>32</sup> De tre ESA'er består hver af et tilsynsråd, et styrelsesudvalg, en formand, en administrerende direktør og et klagenævn, jf. fsva. ESMA forordning 1095/2010 art. 6.

<sup>33</sup> Efter tilbagetrækningen af en registrering eller suspensionen af en kreditvurdering, kan vurderingen fortsat anvendes i reguleringssøjmed i en periode på 10 arbejdsdage efter offentliggørelsen af ESMA's afgørelse, hvis der findes andre vurderinger af samme finansielle instrument eller enhed. Er der ikke andre kreditvurderinger af samme instrument eller enhed, kan kreditvurderingen anvendes i reguleringssøjmed i op til tre måneder efter offentliggørelsen af ESMA's afgørelse. Sidstnævnte periode kan forlænges med op til tre måneder under ekstraordinære omstændigheder, der kan medføre en forstyrrelse af markedet eller indvirke på den finansielle stabilitet, jf. ny art. 24, stk. 4. Dette gjaldt også i henhold til den tidligere udgave af forordningen.

Den kompetente myndighed i en medlemsstat, hvori et ratingbureaus kreditvurderinger anvendes, kan anmode ESMA om at suspendere brugen af kreditvurderingerne, hvis myndigheden finder, at ratingbureauet ikke opfylder de forpligtelser, der følger af forordningen, og at overtrædelser er tilstrækkelig alvorlig og vedvarende til at have en væsentlig betydning for beskyttelsen af investorer eller det finansielle systems stabilitet i den pågældende medlemsstat, jf. ny art. 31, stk. 2.

nomisk kriminalitet blev fremmet eller foranlediget af overtrædelsen, eller 4) om overtrædelsen er begået forsætligt eller uagtsomt, jf. ny art. 24, stk. 2.

Ifølge forslaget til ændringsdirektivet skulle investorenes tab eller risiko for tab også indgå i vurderingen af, hvilken tilsynsforanstaltning der skulle iværksættes. Dette forhold er udgået af det vedtagne ændringsdirektiv.

Der kan iværksættes flere foranstaltninger på én gang, ligesom forsætlig eller uagtsom overtrædelse af et eller flere af de i bilag III nævnte forhold tillige udløser en bøde, jf. ny art. 36a, stk. 1.

Ifølge forslaget til ændringsdirektivet var beføjelsen til at idømme bøder tillagt Kommissionen, og ESMA kunne alene anmode om iværksættelsen af en sådan sanktion. Ifølge det vedtagne ændringsdirektiv kan ESMA selv træffe sådanne afgørelser.

Hvis ESMA vurderer, at der i forhold til en konkret overtrædelse er nærliggende grund til at antage, at der muligvis gør sig forhold gældende, der kan betragtes om en overtrædelse af straffelovgivningen, henviser ESMA desuden sagen til strafferetlig forfølgelse ved de relevante nationale myndigheder, jf. ny art. 23e, stk. 8.

Inden der i henhold til den tidligere udgave af forordningen kunne træffes foranstaltninger, skulle den kompetente myndighed i hjemlandet underrette en koordinator samt høre medlemmerne af det relevante tilsynskollegium. Kunne der ikke opnås enighed blandt disse, skulle der anmodes om rådgivning fra CESR. Kunne der stadig ikke opnås enighed blandt kollegiemedlemmerne, kunne den kompetente myndighed i hjemlandet vedtage en afgørelse, hvorom koordinatoren og CESR skulle underrettes. Denne tunge procedure er man med overdragelsen af kompetencen til ESMA nu kommet ud over.

Tidligere kunne en anden kompetent myndighed end den i hjemlandet tillige træffe visse foranstaltninger. Det var tilfældet, hvis myndigheden fastslog, at et ratingbureau, hvis vurderinger blev anvendt på myndighedens område, overtrådte forordningens forpligtelser. Iværksættelsen af foranstaltninger forudsatte samme høringsprocedure som ovenfor nævnt. I tilfælde af at kollegiemedlemmerne ikke kunne nå til enighed, var det stadig den kompetente myndighed i hjemlandet, der skulle træffe den endelige afgørelse.

Tilsynsrådets afgørelse sker på baggrund af en undersøgelse af de påståede overtrædelser, som foretages af en uafhængig efterforskningseksperter udpeget af ESMA. Under udførelsen af sine opgaver har efterforskningseksperter muligheden for at benytte sig af de i art. 23b-d nævnte beføjelser, ligesom han har adgang til alle de dokumenter og oplysninger, som ESMA har indsamlet i forbindelse med sine tilsynsaktiviteter. For at sikre at hensynet til de personer, der er genstand for undersøgelserne, varetages, skal efterforskningseksperter give de personer, der er genstand for undersøgelserne, lejlighed til at blive hørt om de forhold, der undersøges, og han må kun basere sine resultater på forhold, som disse personer har haft lejlighed til at ud-

tale sig om. Efter høring af de berørte personer indsender efterforskningsembedsmanden et fuldstændigt dossier med sine resultater til ESMA's tilsynsråd. Samtidig underrettes de personer, der er genstand for undersøgelserne, herom. På baggrund af dossieret og efter en eventuel høring af de berørte personer,<sup>34</sup> træffer tilsynsrådet sin afgørelse, jf. art. 23e. Denne afgørelse underrettes det berørte ratingbureau om uden unødigt forsinkelse, jf. ny art. 24, stk. 5.

#### *4.1.2.3. Samarbejde og uddelegering af opgaver*

Selvom ESMA med ændringsforordningen er blevet tillagt den overordnede kompetence for registreringen af og tilsynet med ratingbureauerne i EU, så er de nationale myndigheder dog ikke sat helt uden for indflydelse. Ifølge den nye art. 26 skal ESMA således samarbejde med de kompetente myndigheder i det omfang, det er nødvendigt. I den forbindelse har ESMA og de kompetente myndigheder pligt til at give hinanden de oplysninger, der er nødvendige for, at de hver især kan udføre deres opgaver i henhold til forordningen, jf. ny art. 27, stk. 1.

Foruden de nationale kompetente myndigheder er ESMA også forpligtet til at samarbejde med EPA og EIOPA, jf. ny art. 21, stk. 7 og art. 26.

I forbindelse med udførelsen af sine forskellige opgaver er ESMA forpligtet til at holde de nationale kompetente myndigheder orienteret. I forbindelse med anmodningen om oplysninger, jf. art. 23b, skal ESMA således sende et eksemplar af sin anmodning eller afgørelse til den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor de fysiske og juridiske personer, der er omfattet af undersøgelsen, er bosat eller etableret, jf. ny art. 23b, stk. 5. Ligeledes skal ESMA forud for foretagelsen af undersøgelser efter art. 23c underrette den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor undersøgelsen skal finde sted, jf. ny art. 23c, stk. 4. Samme pligt påhviler ESMA forud for foretagelsen af kontrolundersøgelser efter art. 23d over for den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor kontrollen skal gennemføres, jf. ny art. 23d, stk. 3. ESMA skal endvidere underrette de kompetente myndigheder, når der træffes afgørelse om iværksættelse af tilsynsforanstaltninger, jf. ny art. 24, stk. 5.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Er der behov for en hasteforanstaltning for at imødegå overhængende fare for, at det finansielle system lider væsentlig skade, kan ESMA's tilsynsråd træffe midlertidige afgørelser uden forudgående høring af de berørte personer. Disse skal i så fald gives lejlighed til at ytre sig snarest muligt efter, at tilsynsrådet har truffet afgørelse, jf. ny art. 25, stk. 1.

<sup>35</sup> Kommissionen, EBA og EIOPA skal også have meddelelse om sådanne afgørelser, jf. ny art. 24, stk. 5.

De kompetente myndigheder er omvendt forpligtet til på forskellig vis at bistå ESMA i dets arbejde. Således er en kompetent myndighed for det første forpligtet til at underrette ESMA, såfremt den vurderer, at der finder eller har fundet forordningsstridende handlinger sted, jf. ny art. 31, stk. 1. For det andet skal repræsentanter fra en kompetent myndighed bistå ESMA's repræsentanter i forbindelse med disses arbejde efter art. 23c og art. 23d, såfremt ESMA anmoder herom, jf. ny art. 23c, stk. 4 og ny art. 23d, stk. 5. I relation til kontroller på stedet skal den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor kontrollen gennemføres, eksempelvis yde ESMA's repræsentanter den nødvendige bistand til gennemførelse af kontrollen, såfremt en person modsætter sig denne, jf. ny art. 23d, stk. 7.<sup>36</sup>

ESMA kan endvidere delegerer særlige tilsynsopgaver til de kompetente myndigheder, hvis det er nødvendigt for, at tilsynsopgaven kan gennemføres korrekt og/eller for at undgå uforholdsmæssigt store udgifter for ESMA og ratingbureauerne under tilsyn, jf. ny art. 30, stk. 1. Således kan ESMA uddelegerer beføjelsen til at anmode om oplysninger efter art. 23b, til at foretage undersøgelser efter art. 23c og til at udføre kontroller på stedet efter art. 23d, jf. ny art. 23d, stk. 6 og ny art. 30, stk. 1. Derimod kan registreringsafgørelser og afgørelse om iværksættelsen af tilsynsforanstaltninger ikke uddelegeres. Delegation af opgaver vil eksempelvis kunne være aktuelt, hvis foranstaltningerne kræver kendskab til lokale forhold, herunder særlige sprogkundskaber. Delegationen af opgaver fratager ikke ESMA det overordnede ansvar, men begrænser samtidig heller ikke ESMA's mulighed for selv at varetage og overvåge de delegerede aktiviteter, jf. ny art. 30, stk. 4.

Det skal endvidere nævnes, at tilsynet med selve den brug, som pengeinstitutter og andre finansielle virksomheder gør af ratingbureauernes kreditvurderinger i reguleringssøjemed, også (fortsat) påhviler de nationale kompetente myndigheder, jf. ny art. 25a.<sup>37</sup> Det sker ud fra en vurdering af, at de nationale myndigheder er bedre placerede end ESMA til at undersøge dette forhold.<sup>38</sup>

Endelig kan de kompetente myndigheder også påvirke ESMA's arbejde via den indflydelse, som repræsentanter for de nationale tilsynsmyndigheder har i denne europæiske tilsynsmyndighed. Således består ESMA's tilsynråd eksempelvis bl.a. af lederne af de nationale tilsynsmyndigheder, jf. forordning 1095/2010 art. 40, stk. 1.

<sup>36</sup> Dette kan eventuelt ske ved anmodning om politiets bistand.

<sup>37</sup> Kreditvurderinger må kun anvendes i reguleringssøjemed, hvis de er udstedt af ratingbureauer, som er etableret i Unionen og registreret i overensstemmelse med forordning 1060/2009, jf. art. 4, stk. 1.

<sup>38</sup> KOM (2010) 289, s. 7.

## 4.2. Øget gennemsigtighed

### 4.2.1. Forslag om øget gennemsigtighed

I 1060/2009-forordningen er interessekonflikter et centralt tema. Sådanne konflikter kan særligt forekomme i forbindelse med den såkaldte »udsteder betaler-modellen«, der anvendes af mange ratingbureauer, og de kan være særligt voldsomme i forbindelse med vurderinger af strukturerede finansielle instrumenter. Med henblik på at forbedre gennemsigtigheden og konkurrencen på området blev der i 2010-forslaget stillet forslag om at indføre et krav til udstedere af strukturerede finansielle instrumenter eller tilknyttede tredjeparter om, at konkurrerende ratingbureauer skulle gives adgang til de oplysninger, som et ratingbureau, hyret til at foretage en kreditvurdering af strukturerede finansielle instrumenter, havde haft. Med forslaget blev der således stillet krav til udstedere af strukturerede finansielle instrumenter. De øvrige materielle krav i forslaget er rettet mod ratingbureauerne og deres personale.

Baggrunden for forslaget var som nævnt ønsket om at forbedre konkurrencen mellem ratingbureauer, ønsket om at undgå eventuelle interessekonflikter i »udsteder betaler-modellen« og ønsket om at forbedre gennemsigtigheden og kvaliteten af vurderingerne af strukturelle finansielle instrumenter. Midlet var forpligtelsen til for udstedere af de strukturelle finansielle instrumenter eller for tilknyttede tredjeparter at udlevere oplysningerne til brug for vurderingen til andre registrerede eller godkendte ratingbureauer. Disse burde ligeledes have adgang til en liste over strukturerede finansielle instrumenter. Herved kunne der tilvejebringes udstedelser af uopfordrede konkurrerende vurderinger af strukturerede finansielle instrumenter.<sup>39</sup>

Forslagets art. 8a og 8b indeholder en regulering af henholdsvis *Oplysninger om strukturerede finansielle instrumenter* og *Adgang til oplysninger om vurderinger*. Betingelsen for andre ratingbureauers adgang til de nævnte oplysninger var ifølge art. 8a, stk. 2, at »a) de har indført de systemer og den organisationsstruktur, der er nødvendig for at sikre fortrolig behandling af oplysningerne« og at »b) de foretager hvert år vurderinger af mindst 10 % af de strukturerede finansielle instrumenter, for hvilke de anmoder om at få adgang til de i stk. 1 omhandlede oplysninger.« Kommissionen kunne vedtage nærmere bestemmelser navnlig om adgangsbetingelserne og om webstedets krav for at sikre en ensartet gennemførelse af denne regel, jf. art. 8a, stk. 3.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> KOM (2010) 289, punkt 4.3.2 og forslaget til præambelns betragtning 5.

<sup>40</sup> Forskriftsproceduren herfor følger af forordningens art. 38, stk. 2.

I forslaget henvises til, at der er indført et lignende system i USA.<sup>41</sup> Med henvisning til ratingbureauernes rolle og aktiviteter på globalt plan anføres det i forslaget, at det er nødvendigt at sikre ensartede bestemmelser for ratingbureauer, der opererer i flere retsområder, og at det bør ske på en måde, der gør det muligt at fastholde lige vilkår samt tilstrækkelig konkurrence mellem ratingbureauerne. Der henvises endvidere til, at reglerne synes at svare til god praksis på internationalt plan.<sup>42</sup>

Forslaget om øget gennemsigtighed blev ikke vedtaget.

#### *4.2.2. En opfordring til Kommissionen*

I præambelens betragtning 7 i den vedtagne forordning anføres det, at gennemsigtigheden af de oplysninger, som udstederen af et kreditvurderet finansielt instrument giver til et udpeget kreditvurderingsbureau, kan have stor potentiel merværdi for markedets funktion og for investorbekyttelsen. På den baggrund bør der tages hensyn til, hvordan gennemsigtigheden af de oplysninger bedst kan udvides. Offentliggørelsen formodes at ville øge konkurrencen mellem ratingbureauerne, da det navnlig kan føre til et øget antal uopfordrede vurderinger. Uopfordrede vurderinger bør fremme brugen af mere end én vurdering pr. finansielt instrument. Dette forhold formodes at ville bidrage til at undgå eventuelle interessekonflikter, navnlig i »udsteder betaler-modellen«, ligesom kvaliteten af vurderingerne bør øges. Det antages ligeledes, at offentliggørelsen af disse oplysninger til hele markedet også kan øge investorenes muligheder for at udvikle egne risikoanalyser ved at basere deres fornødne omhu på disse yderligere oplysninger. Offentliggørelsen vil også kunne føre til mindre afhængighed af kreditvurderinger, der udstedes af kreditvurderingsbureauer.

I forlængelse heraf anføres det, at Kommissionen for at nå disse grundlæggende mål bør »vurdere disse spørgsmål mere indgående ved at overveje det passende omfang af denne oplysningspligt yderligere, under hensyntagen til indvirkningen på lokale securitisationsmarkeder, yderligere dialog med interesserede parter, overvågning af markedet og lovgivningsmæssige tendenser og de erfaringer, der er opnået i andre jurisdiktionsområder.«<sup>43</sup> Kommissionen bør så først på grundlag af denne vurdering fremsætte passende lovgivningsmæssige forslag. Vurderingen og forslagene bør ifølge præambelen gøre det muligt »at definere nye gennemsigtighedskrav på den mest hensigtsmæssige måde med hensyn til at imødekomme offentlighedens

<sup>41</sup> SEC Rule 17g-5. Reglen er offentliggjort den 4. december 2009, og den trådte i kraft juni 2010.

<sup>42</sup> KOM (2010) 289, punkt 4.3.2.

<sup>43</sup> Forordning 513/2011, præambelens betragtning 7.



interesse og på den måde, som er mest i overensstemmelse med investorbekskyttelsen.«<sup>44</sup>

Det må antages, at baggrunden, for at ovennævnte forslag ikke blev vedtaget, er, at det har været for kontroversielt i forhold til ratingbureauernes og udstedernes interesser. Forslaget forekommer ellers velbegrunder og kun rimeligt ud fra en betragtning om markedets funktion, investorbekskyttelse, øget konkurrence og interessekonflikter samt kvaliteten af kreditvurderingerne. Det er imidlertid en væsentlig nyskabelse at pålægge udstedere og ratingbureauer en sådan »oplysningspligt« om forhold med stor betydning for risikoen ved og prisfastsættelsen af et finansielt instrument og med stor betydning for konkurrencen.

Ratingbureauer spiller en afgørende rolle på de globale finansielle markeder. Deres kreditvurderinger anvendes af såvel investorer, låntagere, udstedere som regeringer. Ratingbureauernes rolle i forbindelse med finansielle udbydere af strukturerede finansielle produkter er desuden velkendt. Den afgørende rolle kombineret med det forhold, at ratingbureauerne i deres kreditvurderinger ikke i tide har givet indikationer om en forværring af markedet, og at de ikke i tide har tilpasset deres kreditvurderinger som følge af den stadig mere alvorlige finansielle krise, kunne tale for indførelsen af regler, der samlet bidrager til øget konkurrence, øget gennemsigtighed og øget chance for uopfordrede vurderinger, og regler som bidrager til at undgå interessekonflikter og øger kvaliteten. Det forhold, at det synes at svare til god praksis på internationalt plan, og at det ikke forventes at medføre væsentlige omkostninger i forhold til reglernes potentielle fordele,<sup>45</sup> taler kun for indførelsen af sådanne regler. Nødvendigheden af gennemførelsesbestemmelser om præcisering af krav for ratingbureauers adgang til webstedet og forudsætningerne med henblik på at sikre en fortrolig behandling af dataene bør ikke hindre dette.

## 5. Afsluttende bemærkninger

Kreditvurderingstjenester er en mobil tjenesteydelse, der ikke er knyttet til et bestemt land eller geografisk område, og kreditvurderinger anvendes af finansielle virksomheder overalt og ikke kun dér, hvor det udstedende ratingbureau tilfældigvis er etableret. Det er derfor vigtigt, at ratingbureauernes grænseoverskridende og globale virksomhedsudøvelse og betydningen heraf afspejles i reguleringen af og tilsynet med disse virksomheder.

Med ændringen af forordning 1060/2009 søges dette hensyn varetaget; ikke mindst med indførelsen af et centraliseret tilsynssystem med ESMA i spidsen. Med ændringen forenkles og effektiviseres registrerings- og tilsynsproceduren, idet ESMA's enekompetence indebærer kortere og admini-

<sup>44</sup> Forordning 513/2011, præambelens betragtning 7.

<sup>45</sup> KOM (2010) 289, punkt 4.3.2.

strativt lettere beslutningsprocesser. Samtidig sikres en ensartet anvendelse af forordningen og dens sanktioner i hele Unionen.

Overdragelse af medlemsstaters kompetence på et område til et centralt EU-organ har ofte medført væsentlige udfordringer. Dette synes ikke at have været tilfældet i forbindelse med overdragelsen af tilsynskompetencen til ESMA. Dette kan skyldes to forhold. For det første har medlemsstaterne ifølge EU-regler kun skullet varetage tilsynet med ratingbureauerne i en kort periode. For det andet synes tilsynet med ratingbureauerne ikke at være et område, der har været centralt for de enkelte medlemsstater. Dette til trods for, at en rating kan have afgørende betydning for den enkelte finansielle virksomhed og for sektoren som helhed. I skrivende stund har Nykredit fx offentliggjort en omlægning af deres struktur for realkreditlån for med et populært udtryk at takkes ratingbureauerne.<sup>46</sup> Samtidig har bl.a. Amagerbankens krak haft betydning for flere ratingbureauers nedgradering af flere danske banker. Med forholdsvis kort tid til udløbet af bankpakke II og med bankernes refunding af deres indlånsunderskud i udsigt har nedgraderingerne stor betydning for bankernes fremtidige fundingmuligheder. Dette har selvsagt også betydning for samfundet generelt, da en evt. kreditklemme har stor betydning for både privates og erhvervsdrivendes låne- og kreditmuligheder.

Med ændringen af forordning 1060/2009/EF er den hellige gral ikke velbevaret. Der er stadig en række forhold, der kan give anledning til problemer fremover. I Kommissionens offentlige høring om ratingbureauer fra november 2010 fremhæves nogle af disse forhold. Bl.a. rejses spørgsmålet om »udsteder betaler-modellens« hensigtsmæssighed, ligesom der udtrykkes bekymring i forhold til den manglende konkurrence på kreditvurderingsområdet. Selvom det af præambelens betragtning 10 i forordning 1060/2009 fremgår, at brugerne af kreditvurderinger ikke bør stole blindt på disse vurderinger, men så vidt muligt bør bestræbe sig på at foretage deres egne analyser og altid forholde sig passende kritisk over for sådanne kreditvurderinger, så udtrykker Kommissionen endvidere bekymring for, at finansielle virksomheder og institutionelle investorer tillægger de eksterne kreditvurderinger for stor og ukritisk betydning.

En af forklaringerne på den finansielle krise, der som bekendt har afsløret en række svagheder i de metoder og modeller, som ratingbureauerne har anvendt, kan være, at ratingbureauerne har opereret på et oligopolistisk marked. Dette giver i sig selv alene et begrænset incitament til at konkurrere på kvalitet.<sup>47</sup> Det må antages, at dette forhold har bidraget betydeligt til krisens omfang. Regler, der medfører øget gennemsigtighed, vil alt andet lige bidrage til øget konkurrence, jf. også 2010-forslagets punkt 4.3.2 og præamb-

<sup>46</sup> Nykredits børsmeddelelse fra den 21. juni 2011.

<sup>47</sup> Jf. også KOM (2008) 704, punkt 1.1.

lens betragtning 5. Det forekommer derfor bemærkelsesværdigt, at der ikke har kunnet opnås støtte til Kommissionens forslag herom.

# Skatteretlige overraskelser

– for ugifte samlevende

af

*Inge Langhave Jeppesen*

## 1. Indledning

»Ja« siger vi til hinanden, når vi indgår ægteskab,<sup>1</sup> og med det ja lever vi ikke kun op til en tradition. Vi siger også ja til en række lovfæstede rettigheder og pligter, der regulerer forholdet mellem os dels under ægteskabets beståen, dels under dets opløsning i forbindelse med død eller skilsmisse.

Som alternativ til ægteskabet og det registrerede partnerskab står det »papirløse ægteskab« (de ugifte samlevende) som en tredje mulig og hyppigt anvendt samlivsform i Danmark. Denne samlivsform kan generelt enten kendetegnes som et prøveforhold før ægteskab eller som et alternativ til ægteskab.<sup>2</sup> Bevæggrundene for at fravælge ægteskabet kan være mange, men når to parter vælger det »papirløse ægteskab«, indebærer det også et bevidst eller ubevidst fravalg af nogle af de lovfæstede rettigheder og pligter, der følger med indgåelsen af ægteskab.

Hvor tradition utvivlsomt spiller en væsentlig rolle i forbindelse med valget af at indgå ægteskab, er det mere tvivlsomt, om det også har indgået i parternes overvejelse, at der gælder særlige skatteretlige regler for ægtefæller. Ægtefæller kan for eksempel overdrage aktiver mellem hinanden, uden at det udløser beskatning,<sup>3</sup> ligesom der gælder særligt gunstige bestemmelser dels i forhold til skatteberegningen, dels i forhold til opgørelsen af visse kapitalgevinster.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Eller registreret partnerskab, jf. lovbekendtgørelse nr. 938 af 10.10.2005 om registreret partnerskab.

<sup>2</sup> *Vibeke Vindeløv m.fl.*, Retsstillingen for ugifte samlevende, s. 22.

<sup>3</sup> Jf. kildeskattelovens § 26 B.

<sup>4</sup> I forhold til skatteberegningen kan en ægtefælle for eksempel udnytte den anden ægtefælles uudnyttede personfradrag, jf. PSL § 10, stk. 3; anvende den ikke-anvendte del af ægtefællens grundbeløb ved opgørelsen af akteindkomsten, jf. PSL § 8 a, stk. 4 og overføre underskud til eller fra ægtefællen, jf. PSL § 13. I forhold til kapitalgevinstbeskatningen er der for eksempel i ejendomsavancebeskatningsloven og aktieavancebeskatningsloven bestemmelser om overførsel af et kildeartsbegrænset tab mellem ægtefæller.

Hvor ægtefæller er omfattet af særlige bestemmelser, er de ugifte samlevende som udgangspunkt omfattet af skattelovgivningens almindelige regler. I forhold til dem viser praksis, at valget af det »papirløse ægteskab« giver sig udslag i skatteretlige problemstillinger, som nok kan forekomme overraskende for mange.

Hensigten med denne artikel er derfor med udgangspunkt i den nyeste praksis på området at henlede opmærksomheden på områder af skatteretten, hvor der fortsat er stor forskel på, om parterne har valgt at have papir på ægteskabet eller ej.

## 2. Nyeste praksis

### 2.1. SKM2009.123.BR/TfS 2009, 421 BR

Den første nyere dom er fra Københavns Byret og er offentliggjort i SKM2009.123.BR/TfS 2009, 421 BR. Spørgsmålet i sagen var, om den ene ugifte samlevende var skattepligtig af de pengeoverførsler, som den anden ugifte samlevende havde foretaget som led i sit bidrag til familiens underhold.

Sagen vedrørte en mand (M) og en kvinde (K), der for de omhandlede indkomstår 2002 og 2003 havde levet i et papirløst ægteskab. De havde et fællesbarn, der var født i 2000. Det særlige ved deres forhold var, at de ikke boede sammen på samme adresse, da M i perioden dels boede i Sverige, dels i Norge. Bopælen i Sverige skyldtes, at han var ansat som pilot og havde base i Sverige, mens valget af bopæl i Norge skyldtes, at M havde behov for de norske myndigheders assistance i forbindelse med opløsning af sit tidligere ægteskab. Det blev opløst i 2006, hvorefter han og K kort tid efter indgik ægteskab.

I 1999 købte de en ejendom i Danmark. Hensigten var, at de skulle eje ejendommen i sameje, men da M på det tidspunkt ikke var blevet skilt fra sin tidligere ægtefælle, blev K tinglyst som eneejer af ejendommen. Hermed var det sikret, at M's tidligere ægtefælle ikke ved skilsmissen skulle modtage en del af en eventuel friværdi i ejendommen.

På anskaffelsestidspunktet var det også kun K, der stod som debitor på det lån, der var optaget til finansiering af ejendommen, mens M var selvskyldnerkautionist. I forbindelse med en låneomlægning i 2002 blev de begge debitorer på lånet.

Parret havde oprettet en budgetkonto, hvortil M hver måned overførte 38.000 kr., mens K overførte 15.000 kr. Kontoen stod i K's navn, men M havde fuldmagt til at hæve på den, hvilket han også havde gjort. Han havde således kort til kontoen.

Med hensyn til deres økonomi erklærede M i 2006, at K og han havde haft fælles økonomi siden 1. oktober 1999, hvor de købte ejendommen. De

havde ligeledes i 1999 købt en bil, som K stod som ejer af, mens M var registreret som bruger.

Det forhold, at K og M i det pågældende indkomstår ikke havde indgået ægteskab fik afgørende betydning for den skatteretlige vurdering af den måde, som parret havde indrettet sig på økonomisk. SKAT fandt således, at den månedlige overførsel på 38.000 kr., som M foretog til parrets budgetkonto, udgjorde en gave for K, jf. statsskattelovens § 4, litra c, da kontoen var oprettet i hendes navn. Det svarede til, at K hvert år havde modtaget et beløb på 456.000 kr. SKAT havde dog kun beskattet hende af en gave på 444.000 kr., da 12.000 kr. af det overførte beløb ansås for at udgøre normalbidraget til det fælles barn.

Ved sagens behandling for Landsskatteretten blev værdien af gaven nedsat til 300.000 kr. årligt under hensyntagen til, at M's udgifter også var finansieret af indeståendet på budgetkontoen. Afgørelsen blev påklaget til Københavns Byret med påstand om, at det overførte beløb ikke udgjorde en gave. Hvis retten fandt, at det var tilfældet, var påstanden, at gaven ikke havde en værdi på 300.000 kr. årligt.

Byretten lagde i sine præmisser vægt på, at ejendommen tilhørte K. Da midlerne på budgetkontoen i det væsentlige var anvendt til finansiering af K's udgifter, herunder hendes udgifter på ejendommen, fandt byretten ikke, at hun havde løftet bevisbyrden for, at hun ikke havde modtaget en gave. Byretten fandt i øvrigt, at der ikke var grundlag for at kritisere skønnet på 300.000 kr., og derfor blev beskattningen af en årlig gave til en værdi af 300.000 kr. fastholdt.

Sagen blev påklaget til Østre Landsret med en påstand om, at der var tale om en gave, der som følge af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke var skattepligtig til Danmark. Spørgsmålet, om ydelsen udgør en gave, blev derfor ikke prøvet for landsretten. Dommen ses ikke offentliggjort, men er kommenteret af Tommy V. Christiansen i *JUS* 2010, 6.

## **2.2. SKM2010.167.Ø/TfS 2010, 419 Ø**

Den anden nyere dom er fra Østre Landsret og er offentliggjort som SKM2010.167.Ø/TfS 2010, 419 Ø. Dommen vedrører den skatteretlige behandling af ydelsen af et engangsbeløb, som kvinden (K) i forholdet modtog fra manden (M) i forbindelse med ophævelsen af samlivet. M og K havde levet sammen som ugifte i 10 år i perioden 1993-2003. I den periode havde de fået to børn.

K havde arbejdet i M's selskab G1 indtil 1998, hvor hun havde valgt at være hjemmegående for at tage sig af det ene barn, der var kommet alvorligt til skade. Efterfølgende fik hun igen ansættelse i M's selskab, men i 2000 holdt hun et års orlov som følge af fødslen af deres andet barn. Hun blev ef-

terfølgende fyret fra sit arbejde hos G1 og fik i stedet ansættelse hos G2. Dette ansættelsesforhold varede dog kun i 9 måneder og ophørte i 2002.

I 1981 stiftede M selskabet G1 sammen med sin bror. I 1991 blev han ansat som salgsansvarlig i selskabet, og i 1998 fratrådte han sin stilling som direktør i selskabet og blev hjemmegående. Herefter havde han alene noget bestyrelsesarbejde et par dage om måneden.

Da samlivet med K begyndte i 1993 havde han en formue på mellem 60 og 70 mio. kr. Formuen vedrørte primært hans aktier i G1. I 2003 var værdien af hans formue steget til 161 mio. kr. Heraf kunne 137 mio.kr. henføres til hans aktier. Den resterende del af formuen hidrørte primært fra salget af aktier i forbindelse med selskabets børsnotering i 2001.

Parret havde et betydeligt privatforbrug. Det er i sagen oplyst, at det i 2002 udgjorde knap 1,4 mio.kr. K havde i 2002 en personlig indkomst på knap 250.000 kr., som hun havde anvendt til finansiering af mad, tøj og gaver. M havde betalt alt vedrørende hus, båd og fly, ligesom han også betalte deres rejser. Da K i 2002 holdt op med at arbejde, betalte M hende 10.000 kr. om måneden i husholdningspenge.

I 2003 gik parret fra hinanden. K havde på det tidspunkt en opsparing på 100.000 kr., som hun tog med sig. Samtidig fremsatte hun krav om et kompensationsbeløb. Det var M ikke enig i, men han ville af hensyn til de fælles børn gerne finansiere et sted at bo for K og børnene. K og M forhandlede i perioden april-oktober 2003 om karakteren og størrelsen af en eventuel ydelse til K. De var ikke nået til enighed herom, da M den 27. oktober meddelte K, at han samme dag havde overført 6 mio. kr. til hendes konto. Han havde samtidig udfærdiget et gavebrev, der var tilbagedateret til den 1. januar 2003, hvoraf det fremgik, at M ydede gaven på 6 mio. kr. samt udredte gaveafgiften heraf til SKAT. K havde efterfølgende bedt om et yderligere beløb, men M fastholdt i mail af 4. november 2003 beløbets størrelse.

M havde desuden fremsendt en gaveanmeldelse til SKAT, der var underskrevet den 31. oktober 2003 samtidig med, at han havde betalt gaveafgiften. Selve gavebrevet var tilbagedateret til den 1. januar 2003.

Der var to forhold, der var af væsentlig betydning for den skatteretlige vurdering af sagen. Det skulle for det første afgøres, om det aftalte kompensationsbeløb udgjorde en gave, og hvis det var tilfældet, skulle det efterfølgende afgøres, om denne gave var skatte- eller afgiftspligtig. Vurderingen heraf var afhængig af, hvornår parterne måtte anses for ikke længere at have fælles bopæl.

Med hensyn til det første spørgsmål konstaterede Østre Landsret med henvisning til byrettens dom, at der var tale om en gave. Byretten havde i sin præmis lagt vægt på, at K og M selv gennem indsendelsen af gaveanmeldelsen til SKAT havde tilkendegivet, at der var tale om en gave. Det var dermed K, der havde bevisbyrden for, at dispositionen ikke udgjorde en gave.

Ved vurderingen af, om denne bevisbyrde var løftet, lagde retten vægt på, at K var uden formue, da samlivet blev etableret, og at hun ikke havde haft nogen betydning for den formueforøgelse, som M havde oplevet, da den skyldtes udviklingen i kursen på hans aktier i selskabet G1. K havde derfor ikke noget retskrav på betaling af et kompensationsbeløb, ligesom hun ikke havde løftet bevisbyrden for, at hun havde et andet retskrav, der kunne begrunde betalingen af beløbet fra M. Der var derfor tale om en gave.

Ved afklaringen af, om der var tale om en skatte- eller afgiftspligtig gave, skulle det fastlægges, hvornår samlivet var ophørt. Det var i sagen oplyst, at K havde meldt flytning til folkeregisteret fra den fælles adresse den 1. januar 2004. Over for statsamtet havde hun dog oplyst, at hun var flyttet den 22. april 2003. Samtidig var det i sagen oplyst, at parret i løbet af 2003 fortsat så hinanden og deltog i fælles arrangementer og sammenkomster.

Østre Landsret fandt, at samlivet var ophørt på det tidspunkt, som K havde oplyst over for Statsamtet, hvilket fandtes at være understøttet af den e-mailkorrespondance, der havde været imellem parterne i perioden april-oktober 2003. Østre Landsret tillagde det ikke betydning, at der først var meldt flytning til Folkeregisteret den 1. januar 2004.

Parterne opfyldte derfor ikke kravet i boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d om fælles bopæl i de sidste to år før gavens ydelse, og derfor var K skattepligtig af gaven, jf. statsskattelovens § 4, stk. 1, litra c.

### 3. Den skatteretlige problemstilling

Udfordringen i de to sager er at få fastlagt karakteren af de pengetransaktioner, der har været mellem de ugifte samlevende. Er der tale om gaver, kompensationer, eller bidrag til det fælles underhold? Det har afgørende betydning for, hvordan ydelserne skal beskattes.

Hvis ydelserne anses for at være en kompensation, en bodeling eller et bidrag til det fælles underhold har de ikke karakter af indkomst, men snarere af skattefrie formueforøgelser, jf. statsskattelovens § 5.

Når ydelserne anses for at være gaver, er de som udgangspunkt skatte- eller afgiftspligtige, men de kan også være skatte- eller afgiftsfrie. Hovedreglen er, at en gave er skattepligtig som personlig indkomst, jf. statsskattelovens § 4 og personskattelovens § 3, stk. 1. Som en undtagelse hertil gælder der skattefrihed for de såkaldte lejlighedsgaver. Skattepligten erstattes imidlertid af en afgiftspligt, hvis gaven er ydet mellem personer omfattet af personkredsen i boafgiftslovens § 22.

For ugifte samlevende betyder det, at gaver mellem dem er omfattet af boafgiftslovens bestemmelser, når de har haft fælles bopæl i de sidste to år før modtagelsen af gaven, jf. boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d. Det indebærer afgiftsfrihed, når gavens værdi ikke overstiger 58.700 kr., og pligt til



at betale en afgift på 15 % af den del af gavens værdi, der ligger ud over dette beløb, jf. boafgiftslovens § 23, stk. 1.

Når domstolene i de to sager vurderer, at ydelserne udgør gaver, har det derfor den skattemæssigt hårdeste konsekvens for de involverede parter, idet de samtidig ikke opfylder kravet om to års samliv i boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d. Det betyder, at ydelserne bliver skattepligtige som personlig indkomst.

Dommene rejser efter min opfattelse et spørgsmål, om disse ydelser vitterligt udgør gaver med den deraf følgende skattepligt, eller om der alternativt kunne være argumenteret for, at ydelserne havde en anden karakter med en deraf følgende skattefrihed. Det er særligt tilfældet i byretsdommen, da der, som sagen foreligger oplyst, ikke er tvivl om, at parret har haft den opfattelse, at de som familie havde indrettet sig med en fælles økonomi, hvor de hver især bidrog til et passende underhold for familien, dog med den detalje, at de ikke havde indgået ægteskab og ikke boede sammen. Tilrettelæggelsen af økonomien er næppe sket ud fra et ønske om at give hinanden gaver, men fordi det var det, der passede denne familie bedst, situationen taget i betragtning.

I dommen fra Østre Landsret havde parterne selv i første omgang anset beløbet for at være en gave. Men når der tages hensyn til de omstændigheder, der ligger bag ydelsen, kan det også her virke overraskende, at der skulle være tale om en gave. Ydelsen overføres først til K efter længere tids forhandling, og den synes ikke at udspringe af et ønske om at give K en gave, men derimod snarere af en moralsk pligt til at sikre K og de to børn en passende bolig.

Problemstillingen befinder sig derfor efter min opfattelse i et skatteretligt grænseland, hvor der ikke synes at være klare grænser mellem skattepligt og skattefrihed. Dommene giver derfor også anledning til at overveje, om det er rimeligt, at de pengetransaktioner, der har været mellem parterne, bliver karakteriseret som gaver, eller om det alternativt kunne være muligt at anse dem som skattefrie ydelser. Det synes således ikke åbenbart, at der er tale om gaver, da gaver traditionelt forudsætter en gavehensigt.

#### 4. Skattepligt eller skattefrihed af ydelser ved samlivets ophør

Ved grænsedragningen mellem de skattepligtige og skattefrie ydelser ved ophævelsen af et papirløst samliv er praksis ikke ganske tavs. Fundamentet herfor består således af to højesteretsdomme fra 1986 – U.1986.22.H og U.1986.435.H.

I U.1986.22.H havde manden (M) ydet kvinden (K) 30.000 kr. ved ophævelsen af et treårigt samliv. K var ved starten af samlivet 16 år, mens M var 26. Parret havde opdrættet heste og solgt rideudstyr, og de havde ikke haft andet indtægtsgivende arbejde i perioden. Parret boede i begyndelse til leje

på en gård, men efter to års samliv købte M gården. Et år efter dette køb blev samlivet ophævet.

Fire af Højesterets syv dommere lagde vægt på, at K ved samlivets ophør ikke havde nogen andel i ejendommens værdi eller anden formue ud over sin hest. Da samlivet desuden havde været kortvarigt, havde K ikke noget krav på at modtage et beløb ved samlivets ophævelse. Derfor var det modtagne beløb skattepligtigt enten som en gave eller som løn, hvilket i begge tilfælde medførte skattepligtigt, jf. SL § 4. De tre mindretalsdommere lagde vægt på, at beløbet var fastsat ved et forlig mellem parterne, og at det derfor måtte antages, at K ved en retsafgørelse ville have haft et retskrav herpå. Det udgjorde derfor efter disse dommers vurdering ikke en skattepligtig gave.

Senere samme år skulle Højesteret igen forholde sig til den skatteretlige behandling af værdier, som en kvindelige samlever (K) havde modtaget i forbindelse med ophævelsen af et 15-årigt samliv, hvor parterne havde fået 9 børn. Det skete med Højesterets dom i U.1986.435.H. Den mandlige samlever (M) ejede og drev en produkthandel. Den kvindelige samlever havde arbejdet vederlagsfrit i denne virksomhed under samlivet, ligesom hun havde haft ansvaret for pasningen af hjemmet og de fælles børn. M havde under samlivet erhvervet den bolig, som familien boede i.

I forbindelse med samlivets ophævelse var der for M's midler købt en ejendom i K's navn. Den flyttede hun ind i. K havde desuden modtaget en bil samt nogle kontante beløb fra M. Skattemyndighederne havde fundet, at K havde modtaget disse værdier som gave fra M, og at K derfor var skattepligtig heraf.

I modsætning til den tidligere dom, var dommerne i denne sag enige om, at der ikke forelå en skattepligtig gave. En af de fem dommere fandt, at K havde et kompensationskrav dels som følge af det mangeårige samliv, dels som følge af, at hun skulle være i stand til at oprette et hjem for sig selv og sine børn. De fire øvrige dommere lagde vægt på, at K i det mangeårige samliv »... gennem arbejde i hjemmet og i virksomheden i betydeligt omfang har bidraget til at sikre tilstedeværelsen af de formueværdier, som forelå ved samlivets ophør.« Det blev desuden tillagt betydning, at K modtog ydelsen for at blive i stand til at opretholde et hjem for sig og sine børn.

Da de to domme har forskelligt udfald, kan det ikke på baggrund af disse konkluderes, at ydelser ved ophævelse af samliv er enten skattepligtige eller skattefrie, men derimod at skattefrihed er en mulighed – og at grundlaget for at anvende denne mulighed hviler på de kriterier, der kan udledes af de to højesteretsdomme.

Af den første dom fremgår det, at det, der adskiller flertals- og mindretalsdommerne, er vurderingen af, om der eksisterede et retskrav på beløbet. Når ydelsen udspringer af et retskrav, mister den et af gavens væsentlige karaktertræk – ønsket om gavmildhed – og vil alene derfor ikke være en gave.

Flertallet af dommerne fandt, at der ikke forelå et retskrav, og derfor var ydelsen skattepligtig.

I den senere dom var der enighed blandt dommerne om, at der ikke forelå en gave. Der blev lagt vægt på varigheden af forholdet, K's bidrag til skabelsen af M's værdier og endelig, at K skulle være i stand til at opretholde et hjem for sig og sine børn. Dommen har givet anledning til en del diskussion af grundlaget for ydelsens skattefrihed – skyldtes det eksistensen af et retskrav?<sup>5</sup> skyldtes det, at størrelsen af ydelsen blev fastsat under hensyntagen til at K skulle opretholde et hjem?<sup>6</sup> eller skyldtes det, at der kun kan ske beskatning, når der klart er tale om en ydelse, der er opregnet i statsskattelovens § 4?<sup>7</sup>

I en kommentar til U 1986.22H giver Erik Riis og Mogens Munch en efter min opfattelse ganske rammende beskrivelse af problemstillingen og de udfordringer, den byder på. De anfører, at: »Der er visse ydelser, der er af en sådan beskaffenhed, at de ikke ved sædvanlig fortolkning kan henføres under enten statsskattelovens § 4 eller 5. I sådanne situationer bør der formentlig ske en afvejning af, hvor ydelsen bedst passer ind i systemets sondring mellem skattepligtige årsindtægter og skattefrie formueforøgelser.«<sup>8</sup>

Det er denne afvejning, der er sket i de to tidligere højesteretsdomme, og på baggrund af disse kan det med sikkerhed konstateres, at der ikke er tale om en gave, når ydelsen udspringer af et retskrav. Retskravet og gaven bliver således i en skatteretlig kontekst hinandens modpoler. Det kan også konstateres, at afvejningen er mere vanskelig, når der er tale om ydelser, der ikke hviler på et retskrav, men snarere på den mest formuendes ønske om ikke at lade den mindst formuende i stikken. På den ene side har den mindst formuende modtaget en pengeydelse, som kan være omfattet af det brede indkomstbegreb i statsskattelovens § 4. På den anden side har ydelsen karakter af en moralsk pligt til at sikre den mindst formuendes behov af trangsmæssig karakter, hvilket taler for, at ydelsen udgør en skattefri formueforøgelse, jf. statsskattelovens § 5.

De vanskeligheder, der er forbundet med denne afvejning, afspejler sig også i SKM2010.167.Ø/TfS 2010, 419 Ø. På den ene side kan det konstateres, at parterne selv havde anset ydelsen for at være en gave, og i kroner og ører var der tale om et betydeligt beløb. På den anden side synes ydelsen ikke at udspringe af M's ønske om at begunstige K, men derimod af M's øn-

<sup>5</sup> *Ingrid Lund Andersen*, *Familieøkonomien*, s. 389 og *Jan Pedersen m.fl.*, *Skatteretten* 1, 5. udgave, s. 835.

<sup>6</sup> *Jørgen Nørgaard*, *Beskatning af værdier ydet efter ophævelse af papirløst samliv*, U 1986.377, s. 380.

<sup>7</sup> *Eigil Lego Andersen*, *Gavebegrebet*, s. 654.

<sup>8</sup> *Erik Riis & Mogens Munch*, *Kommentarer til højesteretsdomme afsagt i tiden november 85-januar 86*, U 1986B.129, s. 131.

ske om at sikre K en passende bolig for hende og de fælles børn. Østre Landsret vægter det manglende retskrav sammenholdt med parternes oprindelige oplysning højt med det resultat, at ydelsen anses for at være en gave.

Affødt heraf følger spørgsmålet, om der er tale om en skatte- eller afgiftspligtig gave. Umiddelbart skulle man jo tro, at parterne var »beskyttet« af samlivsreglen i boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d, da de har haft fælles bopæl i ti år. I Skatteretten 1 giver Jan Pedersen også udtryk for, at det må antages, at der kun skal betales gaveafgift i denne situation, da det ikke bør tillægges betydning, om formueoverførslen sker forud for eller i forbindelse med et skifte.<sup>9</sup>

Dommen i SKM2010.167.Ø/TfS 2010, 419 Ø giver imidlertid ikke rum for en sådan pragmatisk tilgang, dels fordi landsretten lægger vægt på, at gaven først er ydet på det tidspunkt, hvor M endeligt tilkendegiver, at han vil overføre 6 mio. kr. til K, dels fordi landsretten samtidig finder, at samlivet er ophørt i april måned, jf. K's oplysninger til statsamtet, og ikke den 1. januar 2004, hvor K havde meldt flytning til folkeregisteret. Det har som konsekvens, at parterne ikke havde fælles bopæl på tidspunktet for gavens ydelse.

Når man med bestemmelsen i boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d har skabt en vis ligestilling mellem gifte og ugifte samlevende, synes denne vurdering af, hvornår samlivet er ophørt, at være unødigt restriktiv. Den tager ikke hensyn til, at det ikke nødvendigvis har været muligt at forhandle en endelig bodeling på plads, inden den ene part har forladt den fælles bopæl. Når det desuden tages i betragtning, at ydelsen har karakter af en bodeling, hvor den mindst formuende skal sikres fremadrettet, og når der samtidig tages hensyn til sagens oplysninger i øvrigt – herunder at der først er meldt flytning til folkeregisteret efter ydelsen af beløbet, forekommer denne del af dommen mere restriktiv end nødvendigt.

Det blev indledningsvist konstateret, at dommens resultat kunne virke overraskende. Det er min opfattelse, at det fortsat er tilfældet, men det er også min opfattelse, at dommen afspejler en konkret afvejning af konkrete omstændigheder med udgangspunkt i en begrænset og delvist uklar praksis. Dommen giver derfor ikke grundlag for en klar konstatering af, at den ydelse, der ydes ved ophævelse af et papirløst samliv, enten hviler på et retskrav eller også er en gave med en deraf følgende skattefrihed eller skattepligt. Der kan også være ydelser, der ligger imellem disse to poler, men som primært har karakter af en skattefri formueforøgelse. Et vigtigt parameter ved denne vurdering er, at ydelsen ikke klart fremstår som en gave, da den ikke nødvendigvis udspringer af givers ønske om at være gavmild, men snarere af dennes moralske pligt.

<sup>9</sup> Jan Pedersen *m.fl.*, Skatteretten 1, 5. udgave, s. 836.

## 5. Skattepligt eller skattefrihed af ydelser under samlivet

I en kommentar til byrettens dom i SKM2009.421.BR/TfS 2009, 421 BR skriver Tommy V. Christiansen, at dommen forhåbentlig bliver ændret ved Østre Landsret, og at der i modsat fald er »... grundlag for en lovændring, således at reglerne bliver mindre virkelighedsfjerne og tilpasset den aktuelle samfundssituation.«<sup>10</sup> Med den aktuelle samfundssituation tænkes der på, at det papirløse ægteskab udgør en sædvanlig samlivsform i Danmark. Og netop derfor vækker dommen også undren. For det er jo ikke usædvanligt, at folk lever sammen som ugifte samlevende, og det er nok heller ikke usædvanligt, at de indretter sig med en fælles økonomi, hvor hver part bidrager efter evne, ligesom det nok heller ikke er usædvanligt, at der kan være forskel i parternes evne afhængig af størrelsen af deres lønindkomst.

I en nutidig kontekst kan man derfor godt synes, at den opfattelse, der ligger bag den skatteretlige vurdering af sådanne bidrag mellem ugifte samlevende er udtryk for en »gammeldags« opfattelse, hvor kvinden fremstår som den svage part, der har modtaget midler til livets ophold af sin mandlige samlever.

Denne skatteretlige opfattelse ses blandt andet demonstreret i TfS 1986, 592 H, hvor en kvinde (K) havde opgivet sit arbejde for at passe sin samlever, som var kommet alvorligt til skade i en færdselsulykke. Det betød, at hun i indkomståret 1977 ikke havde egen indkomst. Parret havde i øvrigt levet sammen siden 1975; havde fået to børn i henholdsvis 1977 og 1978 og blev i øvrigt gift i 1980.

Højesteret stadfæstede, at K var skattepligtig af frit underhold, idet denne ydelse var omfattet af den »... ikke udtømmende opregning af eksempler på former for indkomst, som er givet i statsskattelovens § 4, stk. 1, litra c.« En dissenterende dommer fandt dog, at K ikke var skattepligtig af opholdet under hensyntagen til, at hun havde passet sin senere ægtefælle og fødte parrets første fælles barn.

Den omstændighed, at Højesteret henviser bredt til statsskattelovens § 4, stk. 1, litra c og ikke til en af bestemmelsens specifikke indkomsttyper samt den dissenterende dommers udsagn, antyder, at der også her er tale om en ydelse, der ligger i grænselandet mellem skattepligt og skattefrihed. Det bekræftes også af Den juridiske vejledning, hvor det er anført, at »hvis parterne har indtægter af nogenlunde samme størrelse, er der ikke grundlag for beskatning af frit underhold.«<sup>11</sup> Det fremgår endvidere, at værdien ikke bør sættes højere end Skatterådets normalværdier for kost og logi. Disse udsagn antyder, at der er tale om et område, hvor der skal udvises en vis varsomhed.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Tommy V. Christiansen, Formueoverførsler mellem ugifte samlevende, JUS 2009, 11.

<sup>11</sup> Den juridiske vejledning, 2011-2, afsnit C.A.6.1.3.

<sup>12</sup> I tidlige udgaver af Ligningsvejledningen fremgik dette direkte.

Problemstillingen i SKM2009.123.BR/TfS 2009, 421 BR adskiller sig fra højesteretsdommen fra 1986, idet denne sags K arbejder og tjener sin egen løn. Hun modtager derfor ikke frit underhold, og beskatningen kan derfor ikke ske med udgangspunkt i den praksis, der gælder herfor.

Byretten vælger derimod at anse ydelsen for at være en gave fra M til K, og med dette valg følger beskatningen som personlig indkomst, da parterne ikke opfylder bopælskravet i boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d om to års fælles bopæl. Dommen er derfor endnu et eksempel på, at når ydelsen anses for at udgøre en gave, er retsfølgen ganske klar – skatte- eller afgiftspligt.

Sagen demonstrerer imidlertid efter min opfattelse igen et tilfælde, hvor ydelsen ikke klart kan klassificeres som enten en gave eller en skattefri formueforøgelse, og derfor er den også et eksempel på en sag, hvor domstolene må foretage en afvejning.

På den ene side kan der argumenteres for, at ydelsen ikke udspringer af givers (M's) ønske om at være gavmild, men derimod af M's ønske om at bidrage til den fælles husholdning, fordi M anser K og det fælles barn som sin familie, som han har en økonomisk forpligtelse overfor. Det er blot denne forpligtelse, som han har opfyldt. Parterne har ganske vist ikke fælles bopæl, men det er ikke afgørende for deres opfattelse af sig selv som en familie med en fælles økonomi. I sagen er det således også oplyst, at parterne finder, at de har fælles økonomi – et argument der understøttes af, at K har dankort til M's lønkonto, og at M kan hæve og rent faktisk har hævet på den budgetkonto, som parterne opfatter som en fælles konto.

Det sidstnævnte forhold er også fremhævet i K's procedure som argument for, at M ikke har opgivet retten til at disponere over de pågældende midler. Dermed har K heller ikke opnået en endelig og ubetinget ret til midlerne. De er blot en del af den fælles økonomi og udgør ikke en gave fra M til K, da M hverken har haft gavehensigt eller givet gaveløfte til K.

På den anden side kan der argumenteres for, at M har overført midler fra sin formuesfære til K's formuesfære, idet midlerne er indsat på en konto tilhørende K. Det synes dog ikke at være selve overførslen til budgetkontoen, der har været afgørende for domstolens klassificering af ydelsen som en gave, idet gavens værdi fastsættes efter, at der er taget højde for, at en del af midlerne er anvendt til opfyldelse af M's forbrug. Det vil sige, at det kun er den del af midlerne, som ikke klart kan henføres til M's forbrug, der anses for at udgøre en gave til K. Det afgørende for konstateringen af gave er derimod, at K har disponeret over de pågældende midler, hvilket efter domstolens opfattelse betyder, at K har erhvervet endelig ret til disse.

I byrettens dom henvises der således til, at der ikke forelå formelt gaveløfte, og at begge parter havde adgang til at hæve på kontoen – argumenter, der taler for, at der ikke foreligger en gave. Men i forlængelse deraf konstateres det, at det ikke har afgørende betydning, da K »... ved at disponere over de indsatte beløb, erhvervede endelig ret til midlerne.« Der lægges

vægt på, at midlerne er anvendt til betaling af K's udgifter, som også omfattede K's udgifter til ejendommen.

Det afgørende er altså, at K ved at disponere over de pågældende midler anses for at have erhvervet endelig ret hertil. Det forhold, at hendes dispositioner efter sagens oplysninger må antages at være sket efter aftale med M og dennes ønske om at forsørge sin samlever og det fælles barn, tillægges ikke betydning. Byretten tager således udgangspunkt i, at der er en formodning for, at ydelser i et gavemiljø er gaver, medmindre parterne kan løfte bevisbyrden for, at det ikke er tilfældet. Og ved denne vurdering vælger byretten at fokusere på det formelle ejerskab til huset, selv om parterne klart har den opfattelse, at de har fælles økonomi, herunder er fælles om ejendommen, hvor de efter en låneomlægning begge er blevet debitorer på lånet.

Ved vurderingen af denne sag er det væsentligt at være opmærksom på, at domstolen har skullet foretage en vurdering af en ydelse, der som tidligere nævnt ligger i grænselandet mellem skattepligt og skattefrihed. Dommen udgør derfor domstolens afvejning af de argumenter, der vejer henholdsvis for og imod.

Byretten vælger at anse ydelsen for en gave. Jeg mener, at der også kan argumenteres for, at ydelsen er skattefri, da M ikke har haft gavehensigt, men derimod blot har opfyldt sin forpligtelse til at varetage sin andel af familiens økonomi, herunder familiens behov for at have tag over hovedet. Det forhold, at K har disponeret over midlerne, kan efter min opfattelse alene begrunde, at der er overført værdier til K's formuesfære, men det begrundes ikke i sig selv, at der er tale om en gave. Det må fortsat være af afgørende betydning, at M har haft gavehensigt.

Det havde været ønskværdigt, om denne vurdering var blevet afprøvet ved landsretten, da ydelser mellem ugifte samlevende ikke kun har skattemæssige konsekvenser i den situation, hvor der ikke foreligger fælles bopæl. Det vil også være relevant i de situationer, hvor parterne har fælles bopæl, men hvor ydelsen overstiger en værdi på 58.700 kr.

Sagen er ganske vist indbragt for Østre Landsret,<sup>13</sup> men her vælger parterne at anse ydelsen for at være en gave, hvilket i den konkrete sag betyder, at Danmark ikke har beskatningsretten dertil, jf. den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Af den grund foretager Østre Landsret ikke en vurdering af, om der foreligger en gave, da det nu er en del af K's påstand, at der er tale om en gave.

## 6. Konklusion

Allerede i 1969 fandt Justitsministeren behov for at nedsætte et ægteskabsudvalg, der blandt andet skulle overveje, om der »... på baggrund af de ændrede samfundsforhold, ændringen af kvindens stilling i samfundet og de

<sup>13</sup> Jf. *Tommy V. Christiansen* i *JUS* 2010, 6.

heraf følgende ændringer i opfattelsen af ægteskabsinstitutionen ...«<sup>14</sup> var behov for, at nogle af de bestemmelser i lovgivningen, der knytter retsvirkninger til ægteskabet, også skulle kunne anvendes på samlevende, der har valgt at leve i ægteskabslignende forhold.

Ægteskabsudvalget afgav betænkning i 1980, men denne materialiserede sig ikke i lovgivning på området.<sup>15</sup> I forbindelse med den seneste ændring af arveloven var der også nedsat en kommission, som havde til opgave at overveje, om der i erkendelse af, at nye familiemønstre med blandt andet ugifte samlevende i dag er almindeligt accepteret og udbredt kunne medføre et behov for en ændret arvelovgivning for de ugifte samlevende. Dette har heller ikke materialiseret sig i en ændret lovgivning.

Disse overvejelser vedrører den familieretlige dimension af det papirløse samliv. En anden dimension er de skatteretlige problemstillinger, der er forbundet med det papirløse samliv, hvor det centrale bliver at vurdere, hvordan ydelser mellem de ugifte samlevende skal håndteres i forhold til statskattelovens indkomstbegreb.

Den nyeste praksis viser, at domstolenes udgangspunkt er, at ydelser mellem samlevende kan karakteriseres som gaver, medmindre parterne kan løfte bevisbyrden for, at det ikke er tilfældet. Praksis viser, at denne bevisbyrde kan løftes, når ydelsen udgør givers pligt til at opfylde et retskrav i forbindelse med et samlivs ophævelse. Men praksis viser også, at udover dette er det vanskeligt for parterne at løfte denne bevisbyrde såvel for ydelser i forbindelse med ophævelsen af samlivet som for ydelser under samlivet.

Det er min opfattelse, at der kan sættes spørgsmålstejn ved denne opfattelse af, at ydelser mellem ugifte samlevende udgør gaver, idet ydelserne ikke nødvendigvis synes at være båret af givers ønske om at være gavmild, men derimod af givers ønske om at opfylde sine forpligtelser i forhold til sin familie, uanset om forpligtelsen er relateret til den fælles økonomi under samlivet eller til sikring af den mindst formuende parts fremadrettede muligheder i forbindelse med ophævelse af samlivet. Hvis ydelserne har karakter af opfyldelse af sådanne forpligtelser, mister de gavens karaktertræk og udgør snarere skattefrie formuestigninger, som jf. statskattelovens § 5 er skattefri.

Set i lyset af, at familiemønstrene ændrer sig, og det papirløse ægteskab i dag ikke er usædvanligt, forekommer det uhensigtsmæssigt, at udgangspunktet er, at ydelserne udgør gaver, da det giver grundlag for beskattning af ydelser, der efter min opfattelse ikke klart har karakter af gaver. Ugifte samlevende kan med den foreliggende praksis nemt komme i den situation, at

<sup>14</sup> Ægteskab & samliv uden ægteskab, Betænkning nr. 915-1980, s. 8.

<sup>15</sup> *Ingrid Lund Andersen* anfører i *Familieøkonomien*, s. 423, at Højesterets praksis i blandt andet U 1980.480 H har medført, at lovgivningsprocessen gik i stå.



de bliver skatte- eller afgiftspligtige af ydelser, som de blot har anset for at være en naturlig del af en fælles økonomi.

Det forekommer samtidig uhensigtsmæssigt, at de ugifte samlevende i mange tilfælde må tåle en indkomstbeskatning af den ydelse, der erlægges i forbindelse med ophævelsen af samlivet, når den klassificeres som en gave. Reglerne om gaveafgift i boafgiftsloven er jo ellers udformet, så de tager hensyn til, at det papirløse ægteskab er en sædvanlig samlivsform. Ugifte samlevende kan ganske vist ikke – i modsætning til ægtefæller – give hinanden gaver, uden at det i princippet udløser gaveafgift. Men de ugifte samlevende kan nøjes med at betale en gaveafgift på 15 % af den del af gaven, der overstiger 58.700 kr.

Men hvis de ugifte samlevende skal opnå dette, skal de sørge for, at de fortsat har fælles bopæl på det tidspunkt, hvor aftalen om ydelsen indgås, for ellers opfylder de ikke forudsætningen om at have haft fælles bopæl i de seneste to år. Denne del af bestemmelserne forekommer uhensigtsmæssig, når der henses til, at ydelsen har karakter af en bodeling, hvor den mindst formuende skal tilgodeses fremadrettet.

Dette hensyn vil dog kunne sikres med en ændring af bestemmelsen i boafgiftslovens § 22, stk. 1, litra d, så gaven også er afgiftspligtig, hvis den udgør en ydelse, som erlægges i forbindelse med samlivets ophør – også selv om ydelsen erlægges efter, at de to parter ikke længere har fælles bopæl. Hermed vil hensynet med bestemmelsen stemme bedre overens med de praktiske realiteter – at forhandlingen om et eventuelt kompenserende beløb først finder sted efter, at der ikke længere foreligger fælles bopæl.

Indtil videre må rådet til de ugifte samlevende være, at de skal sørge for, at de formelle forhold afspejler den grad af fællesøkonomi, som parterne ønsker at indrette sig med. Og hvis de ønsker at ophæve deres samliv, skal de sørge for at opretholde den fælles bopæl, indtil bodelingen er aftalt endeligt.

# Adgang til fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer for domstolene

– med særligt henblik på boligretssager og tvister om mangler ved fast ejendom

af

*Jakob Juul-Sandberg*

*Højesteret har inden for de seneste år givet en procespart adgang til at fremlægge en ensidigt indhentet erklæring i en verserende tvist. Artiklen undersøger, hvor langt retstilstanden kan udstrækkes, herunder særligt om ensidigt indhentede erklæringer kan fremlægges i sager om fastsættelse af markedslejen i erhvervslejemål, andre boligretssager, eller i tvister om mangler ved fast ejendom, hvor anvendelsen af sagkyndige erklæringer indhentet efter Retsplejelovens regler om syn og skøn er udbredt som bevismiddel.*

## 1. Definitioner og afgrænsning

En »ensidigt indhentet erklæring« er i denne artikels sammenhæng en erklæring, som er tilvejebragt for (og ikke af) en af parterne i en tvist – uden at modparten i tvisten har haft mulighed for at varetage sine interesser ved indhentelsen af erklæringen, f.eks. ved at have medbestemmelse om, hvem der skulle udfærdige erklæringen, om hvilke undersøgelser der skulle foretages, eller hvilke spørgsmål (hvilket opdrag) den person, der udfærdigede erklæringen, havde.<sup>1</sup> En ensidigt indhentet erklæring kan også ses i modsætning til en erklæring, som er indhentet ved indenretligt eller udenretligt syn og skøn efter Retsplejelovens (RPL) regler eller efter anden gensidig aftale mellem de i en tvist involverede parter.

<sup>1</sup> Således også defineret i *Pernille Backhausen m.fl.: Proceduren*, 3. udg., 2009, s. 302. Se endvidere landsrettens udtalelse i U 2004.1847 HK: »... dette udtryk dækker sagkyndige erklæringer, som den ene part indhenter til brug under en retssag, uden at det sker efter aftale med modparten, og som tilsigtes anvendt i stedet for et syn og skøn udmeldt af retten, et udenretligt syn og skøn iværksat af parterne i forening eller en sagkyndig erklæring indhentet på grundlag af enten rettens godkendelse eller modpartens samtykke«.

En ensidigt indhentet erklæring vil, såfremt den ikke kan fremlægges i den verserende tvist for domstolene som et bevismiddel, blive betragtet som et partsindlæg, der ikke indgår i domstolenes bevisvurdering.<sup>2</sup>

De kendelser, der refereres nedenfor, forholder sig ikke til, hvilken bevismæssig værdi den ensidigt indhentede erklæring kan tillægges ved domstolenes bevisbedømmelse. Dette spørgsmål behandles heller ikke særskilt i denne artikel.<sup>3</sup>

### 1.1. Erklæringer indhentet efter anlæg af retssag

Den praksis, som gennemgås straks nedenfor, vedrører den situation, hvor den ensidigt indhentede erklæring indhentes *før* anlæg af en retssag. I de tilfælde, hvor en ensidigt indhentet erklæring indhentes *efter*, at retssagen er anlagt, er retstilstanden den forholdsvist faste, at erklæringen ikke tillades fremlagt (mod modpartens protest),<sup>4</sup> jf. f.eks. U 1998.625/2 HK (T:FA 1998.224), U 2005.576 HK, U 2006.2120 VLK og U 2007.2329/1 HK, men i modsætning her til dog FM 2010.263 VLK.<sup>5</sup> Denne situation gennemgås ikke nærmere her.

### 1.2. U 2008.2193 HK

U 2008.2193 HK vedrørte muligheden for at fremlægge en ensidigt indhentet speciallægeerklæring til brug for en tvist om fastsættelse af en erstatning for men og erhvervsevnetab efter en patientskade. Erklæringen blev tilladt fremlagt. Praksis om fremlæggelsen af speciallægeerklæringer, som i tvisten i den netop omtalte sag, har været noget lempeligere end på andre retsområder, jf. f.eks. også U 2007.2040 HK og U 2007.2744 ØLK. Det skyldes formentlig hovedsageligt, at bedømmelsen af erklæringen (alligevel) skulle foretages af en uvildig instans – Retslægerådet eller Arbejdsskadestyrelsen. Det er derfor ikke dommerne, der i første omgang ville skulle bedømme, hvilket faktum der kan udledes af erklæringen, og på den måde adskiller denne type erklæringer sig fra de typer af ensidigt indhentede erklæringer, som behandles i det følgende.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Jf. også *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 72.

<sup>3</sup> Se herom f.eks. hos *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 78 f. (med henvisninger).

<sup>4</sup> Retten til at anfægte fremlæggelse og anvendelse af den ensidigt indhentede erklæring kan fortabes ved passivitet, jf. U 1984.525 H.

<sup>5</sup> Se også *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 73.

<sup>6</sup> Referatet af U 2008.2193 HK er medtaget, da der i præmisserne i flere af de afgørelser, som refereres nedenfor, er henvist til den kendelse. Angivelsen af dommene om fremlæggelse af speciallægeerklæringer er ikke udtømmende, og retstilstanden på dette område behandles ikke nærmere i artiklen.

## 2. U 2008.2393 HK

U 2008.2393 HK vedrørte en teknisk sagkyndig erklæring og et referat af en mundtlig redegørelse fra en person, der havde deltaget i et sagsforløb. Begge erklæringer var udarbejdet inden sagsanlægget. Højesteret fastslog i kendelsens præmisser, at en part som udgangspunkt ikke er afskåret fra at fremlægge udtalelser og erklæringer om forhold af teknisk karakter, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og sagkyndige. Den tekniske erklæring, der var et notat fra en teknisk rådgiver med beregning af de fordyrelser, der ansås påført sagsøgeren i sagen, og som var grundlag for opgørelsen af sagens betalingspåstand, var en sådan sagkyndig erklæring. Hverken erklæringens indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse eller andre forhold gav grundlag for at fravige udgangspunktet, og den kunne derfor fremlægges.

### 2.1. Foreløbigt om retstilstanden

Højesteret fastslår således, at udgangspunktet er, at den ensidigt indhentede erklæring kan fremlægges, når erklæringen vedrører *tekniske forhold*, og når den er indhentet hos *rådgivere* eller *sagkyndige*. Der må dog ikke være *grundlag for at fravige dette udgangspunkt* i sagens konkrete omstændigheder, jf. straks nedenfor. Dette udgangspunkt vil gælde i alle typer af sager, da Højesteret ikke forholder sig konkret til tvistens karakter i præmisserne, ligesom der ikke af præmisserne kan udledes generelle krav til erklæringens form. Udover de to refererede kendelser har Højesteret fulgt denne praksis i U 2011.151 HK, der også inddrages i analyserne i det følgende.

#### 2.1.1. Tekniske forhold

Hvorvidt der er tale om en »teknisk« erklæring vil næppe give anledning til afgrænsningsproblemer, da det kan forudsættes, at begrebet må fortolkes bredt, idet specialelægeerklæringer (U 2008.2193 HK), rapporter om økonomiske forhold (U 2011.151 HK), en brandskaderapport fra Dansk Brand- og Sikringsteknisk Institut (FED 2010.72 ØLK), såvel som beskrivelser af mangelfulde forhold ved fast ejendom (f.eks. FM 2010.262 VLK) efter praksis er omfattet, jf. dog nedenfor i afsnit 3.1 om ejendomsmæglervurderinger.

Dokumenter, der indeholder stillingtagen til forhold, som henhører under rettens juridiske vurdering af sagen – f.eks. om der foreligger et erstatningsansvar – kan fortsat ikke fremlægges, jf. U 1998.1711 VLK, forudsætningsvis U 2008.1090 ØLK samt praksis vedrørende fremlæggelsen af ensidigt indhentede juridiske responsa, jf. U 1998.276 HK og U 2011.479 HK.

### 2.1.2. Sagkyndige eller rådgivere

Afgrænsningen af, hvem der kan udarbejde den ensidigt indhentede erklæring, der kan fremlægges, har hovedsageligt betydning ved vurderingen af, om der foreligger inhabilitet, jf. straks nedenfor i afsnit 2.1.3, og dermed hvilken relation den, der laver erklæringen, har til parterne i tvisten.

Sagkyndigheden hos den, der laver erklæringen, må derudover som vejledende udgangspunkt skulle bedømmes efter de regler, der gælder for udnævnelse af skøns mænd, jf. RPL § 197. En ensidigt indhentet erklæring, der er udarbejdet af en ikke-fagligt kvalificeret på det område, som erklæringen vedrører, uanset om vedkommende er rådgiver eller i øvrigt sagkyndig på andre områder, vil derfor ikke kunne fremlægges – eller i hvert fald ikke på nogen måde tillægges bevismæssig værdi.

### 2.1.3. Fravigelse af udgangspunktet

Det væsentligste punkt i Højesterets præmisser er, hvornår der er grundlag for at fravige udgangspunktet om adgangen til fremlæggelse af erklæringen. I præmisserne anføres dette at kunne ske, hvis *indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse* eller *andre forhold* tilsiger det. Hvilke momenter, der mere generelt kan påberåbes til støtte for, at erklæringen ikke skal kunne fremlægges, kan ikke udledes heraf. I modsætning til tidligere praksis, hvor spørgsmålet var, om der var omstændigheder, der kunne begrunde fremlæggelse, vil det nu være en konkret vurdering af, hvorvidt omstændighederne i den enkelte sag fører til, at erklæringen *ikke* kan fremlægges.<sup>7</sup>

I U 2011.151 HK blev en videnskabelig økonomisk rapport tilladt fremlagt for Sø- og Handelsretten i en tvist om overtrædelse af bl.a. Konkurrencecelovens § 11. Højesterets præmisser i denne sag var enslydende med præmisserne i U 2008.2193 HK og U 2008.2393 HK med en tilføjelse om habiliteten hos de personer, der havde udarbejdet rapporten.<sup>8</sup> Det blev ikke tillagt betydning (således at udgangspunktet kunne fraviges), at den part, der ønskede rapporten fremlagt, havde været involveret i udarbejdelsen af den.

<sup>7</sup> Erik Hørlyck: *Syn og skøn*, 4. udg., 2011, s. 72 ff., B. Gomard og M. Kistrup: *Civilprocessen*, 6. udg., 2007, s. 628 f. samt Pernille Backhausen m.fl.: *Proceduren*, 3. udg., 2009, s. 304 f., samt f.eks. U 1997.1324 V (bilinspektørerklæring ikke tilladt fremlagt), U 1997.1002 Ø (erklæring om jordbundsforhold ikke tilladt fremlagt), U 1981.137/2 V (ensidig indhentet sagkyndig erklæring om mangler ved udført tømrerarbejde ikke tilladt fremlagt). Se dog fravigelser fra dette udgangspunkt med konkrete begrundelser i f.eks. U 2008.285/2 ØLK, U 2004.1374 VLK, og FED 2003.1702 ØLK.

<sup>8</sup> Præmissen lød: »En analysechef ved Energi Danmark A/S og den tidligere formand for Konkurrencerådet har medvirket ved udarbejdelsen, men Højesteret finder, at hverken dette forhold eller dokumentets indhold eller fremtræden giver grundlag for at fravige udgangspunktet«.

Afgørelsen illustrerer, at inhabilitet er et moment, der konkret kan føre til, at den ensidigt indhentede erklæring ikke kan fremlægges. Der må kunne stilles de samme habilitetskrav til den, der har udarbejdet erklæringen, som til en skønsmand udmeldt efter RPLs regler.<sup>9</sup> Dette gælder uanset, hvilken type af erklæring eller sag der er tale om. Dette kan dog være svært at efterprøve, når erklæringen fremlægges for retten efterfølgende, hvilket også generelt taler imod, at ensidigt indhentede erklæringer tillægges bevismæssig værdi.

Se hertil også U 2011.1134 SHK om fremlæggelse af nogle tekniske erklæringer udarbejdet af nogle professorer på foranledning af en part i en sag om fagedforbud mod forhandling af lægemidler. Dokumenterne kunne fremlægges i justificationssagen. I hvert fald en af professorerne havde tidligere arbejdet for en af de involverede producenter.

#### *2.1.4. Andre dokumenter end tekniske erklæringer*

Højesteret tilføjede i kendelsen (U 2011.151), vedrørende referatet af den mundtlige redegørelse (et mødereferat), at »Dette gælder tilsvarende også dokumenter, der beskriver det faktiske sagsforløb, herunder referater af mundtlige redegørelser fra personer, der har deltaget i sagsforløbet, når dokumenterne er udarbejdet forud for sagsanlægget til brug for forberedelsen af det«.

Denne præmis må også forstås således, at adgangen til at fremlægge andre dokumenter, der indeholder en beskrivelse af sagens faktiske forløb, skal vurderes i forhold til samme udgangspunkt. Dette medfører, at adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer kan udstrækkes til at omfatte alle typer af dokumenter, der beskriver et faktisk sagsforløb. Der blev i præmisserne lagt vægt på, at referatet af den mundtlige redegørelse var udarbejdet i forbindelse med sagsanlægget. Hvorvidt dette skal forstås således, at referater eller andre dokumenter, der beskriver faktiske omstændigheder af betydning for en tvist, ikke kan fremlægges, hvis dokumentet ikke er udarbejdet til brug for en kommende retssag (og alene af den grund), er dog tvivlsomt. Udgangspunktet må være det modsatte. Hvis erklæringen er indhentet, mens det endnu ikke er sikkert, om der vil opstå en tvist, vil der i endnu mindre omfang kunne sættes spørgsmålstejn ved erklæringens lødighed, jf. f.eks. landsrettens begrundelse i U 1997.221 ØLK om en ensidigt tilvejebragt revisorvurdering, der var indhentet som »naturlig sagkyndig bistand...«. Se endvidere FED 2007.280 VLK om adgang til fremlæggelse af et uddrag af parternes korrespondance om de forhold, der var uenighed om – indhentet før sagens anlæg og tvistens reelle opståen, samt FED 2010.72 ØLK om bl.a. en politirapport.

<sup>9</sup> Jf. også *Erik Hørlyck: Syn og skøn*, 4. udg., 2011, s. 120 ff.

### 3. Fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer i retssager vedrørende fast ejendom

I tvister, der relaterer sig til opførelsen, brugen og/eller ændringen af fast ejendom, er anvendelsen af beviser, der skal dokumentere en ejendoms tilstand, ofte afgørende for sagens udfald. Udgangspunktet er her, at det er syn og skøn udmeldt efter RPLs regler, der er det nødvendige og tilstrækkelige og ofte eneste bevis. Hovedreglen har på den baggrund været, at ensidigt indhentede erklæringer er blevet nægtet fremlæggelse for domstolene.<sup>10</sup> I det følgende undersøges det, i hvilket omfang denne hovedregel nu må fraviges, jf. U 2008.2193 HK, U 2008.2393 HK og U 2011.151 HK, eller om der i sådanne typer af sager er grundlag for at fravige udgangspunktet (om adgang til fremlæggelse) – også i tilfælde hvor der ikke foreligger inhabilitet.

#### 3.1. Ensidigt indhentede erklæringer som dokumentation for markedsløjen i erhvervslejemål

Sager om lejfastsættelse i erhvervslejemål afgøres ved boligretten – og eventuelt med lægdommere, jf. Erhvervslejelovens (ELL) § 76, jf. Lejelovens (LL) kapitel XVIII. I sager om markedsløjefastsættelse vil udlejer eller lejer, for at kunne vurdere om der er grundlag for at forhøje henholdsvis nedsætte lejen (efter ELL § 13), i nogle tilfælde indhente en sagkyndig erklæring fra en ejendomsmægler med en vurdering af, hvad markedsløjen for et givent lejemål udgør på et givent tidspunkt (varslingstidspunktet).

Udgangspunktet har også i den sammenhæng været, at den ensidigt indhentede erklæring om lejens størrelse ikke kunne fremlægges for boligretten eller for den i sagen udpegede skønsmand, der ved syn og skøn efter RPLs regler skulle vurdere markedsløjeniveauet, jf. f.eks. T:BB 2007.85 VLK.<sup>11</sup> Spørgsmålet har nu været undergivet landsretternes og senest Højesterets prøvelse efter afsigelsen af de ovenfor refererede kendelser.

I U 2010.92 VLK (T:BB 2010.50) havde lejer anlagt retssag mod udlejer af et erhvervslejemål, idet lejer mente, at huslejen væsentligt oversteg markedsløjen. Før retssagens anlæg havde lejer indhentet en erklæring om markedsløjen fra en ejendomsmægler. Lejer ønskede syn og skøn under sagen. Boligretten udtalte: »Bilag 2 er en skønsmæssig vurdering fra en ejendomsmægler over lejeniveauet i området. En erklæring af denne karakter findes ikke at kunne sidestilles med en speciallægeerklæring eller mere teknisk prægede erklæringer, der ifølge praksis tillades fremlagt, selvom de er ensidigt indhentet inden sagsanlægget. Da der er tale om en ensidigt ind-

<sup>10</sup> Jf. ovenfor i note 7.

<sup>11</sup> De erklæringer, der blev begæret fremlagt i denne sag, var skønserklæringer om lejfastsættelsen i nogle sammenligningslejemål afgivet af andre skønsmænd udmeldt efter RPLs regler, og således ikke indhentet af en part til brug for den verserende sag.

hentet erklæring, indhentet med henblik på vurdering af sagsanlæg, bør bilaget ikke indgå i sagen, ligesom eventuelle henvisninger hertil i proceskrifter, som gengiver det nærmere indhold af bilaget, bør udgå...«. Landsretten stadfæstede. Kendelsen nåede altså til samme resultat som i T:BB 2007.85 VLK.

I GD 2010.30 ØLK blev en række mæglervurderinger indhentet af udlejer forud for sagens anlæg tilladt fremlagt, selvom der under sagen blev afholdt syn og skøn. Parterne var enige om, at erklæringerne ikke skulle medsendes til skønsmanden. Dette spørgsmål blev ikke kæret til landsretten. I en utrykt ØLK af den 18. maj 2009 (20. afd. B-1049-09) kunne vurderingen fra ejendomsmægleren ligeledes fremlægges, men ikke sendes til skønsmanden.

I U 2011.649 VLK (FM 2010.340) – nu stadfæstet ved Højesterets kendelse af den 3. august 2011 (Højesterets sag 4/2011)<sup>12</sup> – blev en mæglervurdering indhentet af lejereren, der ønskede lejenedsættelse, tilladt fremlagt. Boligretten udtalte bl.a., at »Den foreliggende erklæring fra [XX] angår ikke forhold af teknisk karakter, men indeholder faktiske oplysninger om det lejemål, som sagen omhandler, oplysninger om andre erhvervslejemål, som helt eller delvist anses for sammenlignelige og en i generelle vendinger holdt beskrivelse af den økonomiske situation i Danmark, investeringsmarkedet og efterspørgselsituationen på udlejningsmarkedet. Endelig indeholder erklæringen en vurdering af markedsløjen for lejemålet...« og »... Adgangen til at fremlægge sagkyndige erklæringer, indhentet før sagsanlægget, bør derfor ikke være snævrere i erhvervslejesager end i andre sager...«. Landsretten stadfæstede boligrettens afgørelse med en henvisning til præmisserne i U 2011.151 HK.

Afgørelsen blev med Procesbevillingsnævnets tilladelse indbragt for Højesteret, der stadfæstede afgørelsen ligeledes med en henvisning til U 2011.151 HK. Højesteret udtalte ikke specifikt – som boligretten – at der *ikke* var tale om en erklæring af teknisk karakter; men henholdt sig til de generelle præmisser i U 2011.151 HK (»... udtalelser og erklæringer om forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter...«). Erklæringen kunne sendes til skønsmanden (Højesteret henviste her til U 2010.2471 HK).

### 3.1.1. Delkonklusion

Praksis for denne type sager lægger sig således nu på linje med den praksis, som Højesteret i øvrigt har udstukket, jf. ovenfor.

I boligretten kan retten tiltrædes af lægdommere, jf. LL § 107, stk. 2. Af LL § 109, stk. 1, fremgår det, at lægdommere i boligretten skal være »kendt med bolig- og husleje forhold«. Grænserne for lægdommeres sagkundskab i den sammenhæng kan søges i forhold til, hvornår det tillades, at en syns- og skønsforretning (udmeldt efter RPLs regler) skal træde i stedet for læg-

<sup>12</sup> Afgørelsen er på tidspunktet for indlevering af manuskript til denne artikel ikke trykt.



dommemes vurdering. Praksis synes at sætte grænsen for lægdommemes forudsætningsvise kendskab til bolig- og husleje forhold ved stillingtagen til byggetekniske forhold, genanskaffelsesværdier, handelspriser og andre forhold, hvor det er nødvendigt med en specialviden, der kræver særlig baggrund og uddannelse.<sup>13</sup>

Dette må tilsvarende betyde, at spørgsmålet om en part skal tillades adgang til at fremlægge en ensidigt indhentet erklæring for boligretten må være begrænset til de situationer, hvor erklæringen skal dokumentere forhold, som det ligger uden for lægdommemes sagkundskab at tage stilling til. Lægdommemes sagkundskab vil i meget vid udstrækning træde i stedet for syn og skøn ved vurderingen af f.eks. det lejedes værdi, og parterne i en boligretssag vil ikke få rettens tilladelse til at afholde et syn og skøn i en sag om fastsættelsen af det lejedes værdi, medmindre det kan godtgøres, at der foreligger omstændigheder, der falder uden for det område, hvor boligrettens medlemmer er kompetente. Ved indførelsen af ELL blev det dog præciseret, at RPL § 344 skulle finde anvendelse ved tvister om størrelsen af den fremtidige leje – markedslejen. Syn og skøn (og alle andre bevismidler) kunne herefter anvendes som bevismiddel på lige fod med beviser for lejeniveauet i sammenlignelige lejemål.<sup>14</sup>

Dette sidste punkt taler i retning af, at retstilstanden på dette område skal bedømmes i overensstemmelse med andre retsområder med hensyn til adgangen til at føre bevis, og dermed også adgangen til at fremlægge en ensidigt indhentet erklæring. Men det kan ved en ensidigt indhentet erklæring om størrelsen af markedslejen med rette drages tvivl, om erklæringerne er af teknisk karakter, idet de indeholder et væsentligt element af skøn over lejens størrelse. Dette skøn er en juridisk vurdering, som foretages af boligretsdommerne. I modsætning til en erklæring om f.eks. byggetekniske forhold vil en erklæring om størrelsen af markedslejen indeholde en beskrivelse af en række mere subjektivt baserede forhold, som forudsætningsvist kan vurderes af lægdommerne. Det understøttes også af, at boligretterne i sager om markedslejefastsættelse efter ELL ofte tilsidesætter selv en indenretligt ud-

<sup>13</sup> Jf. U 1983.1047 HK og U 1989.711 HK og se om syn og skøn i boligretssager i forhold til lægdommemes sagkundskab: *Ole Gangsted-Rasmussen* i U 1970 B 57, *Otto Bisgård* i Fuldmægtigen 1985, s. 78 f., *Niels Grubbe*: Erhvervslejeloven, 1993, s. 168 f., *Niels Gesner*: Erhvervslejeret, 2. udg., 1993, s. 291 f., *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 31 f., *Kallehaug og Blom*: Kommentarer til lejelovene, Bind I, 1980, s. 414 ff., *Preben Bang Henriksen* i Advokaten 20/1990, s. 407 ff., og *Halfdan Krag Jespersen* i T:BB 2001.523 ff.

<sup>14</sup> Jf. *Jakob Juul-Sandberg*: Det lejedes værdi, 2. udg., 2010, s. 283 og s. 321 f., *Lindencrone og Werlauff*: Dansk Retspleje, 4. udg., 2007, s. 279, *Karin Laursen*: Erhvervslejeret, 2003, s. 108 ff., *Preben Bang Henriksen* i U 2000 B 110 ff., *Christian Gangsted-Rasmussen* i U 2002 B 400 f., og *Niels Gangsted-Rasmussen* i U 2004 B 397 f.

arbejdet skønserklæring, hvis retten vurderer, at den er behæftet med fejl.<sup>15</sup> At der ikke er tale om en erklæring om tekniske forhold, har Højesteret som anført ovenfor ikke fundet tilstrækkeligt i kendelsen af 3. august 2011 (U 2011.649 VLK) i modsætning til U 2010.92 VLK.

Betydningen af erklæringens tilblivelse, form og indhold vil i sidste ende dog blive momenter i vurderingen af, om erklæringen skal tillægges nogen bevismæssig værdi, og dermed ikke selvstændige momenter der (i de fleste tilfælde) vil tale afgørende imod adgangen til fremlæggelse af den ensidigt indhentede erklæring i denne type sager.

GD 2010.30 ØLK og den utrykte ØLK af den 18. maj 2009 (20. afd. B-1049-09) når frem til det resultat, at erklæringen kan indgå i sagen, men ikke forelægges for skønsmanden. Dette er dog ikke i overensstemmelse med praksis i øvrigt, og nu heller ikke Højesterets praksis på dette område. Hvis erklæringen kan fremlægges under retssagen, vil hovedreglen generelt være, at den kan forelægges den skønsmand, som udmeldes af retten, jf. U 2006.2972 ØLK (T:BB 2007.88) og nedenfor i afsnit 4.1.<sup>16</sup>

Der kan naturligvis argumenteres for og imod, at en sådan erklæring skal fremlægges for skønsmanden. Højesterets praksis bæres af den opfattelse, at skønsmanden ikke vil lade sig påvirke i sit skøn af resultatet af en ensidigt indhentet erklæring. Det forekommer svært at modbevise eller sandsynliggøre dette, da enhver skønsmand nok vil benægte, at han har ladet sig påvirke.

### **3.2. Ensidigt indhentede erklæringer fremlagt i sager, der behandles af huslejenævnet i 1. instans**

De sager, der behandles i boligretten, er inden for boliglejeretten ofte tvister, der har været indbragt for huslejenævnet i 1. instans. Huslejenævnet er et administrativt organ, hvis afgørelser er forvaltningsakter. Der gælder ikke umiddelbart nogen begrænsninger i adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer for sådanne administrative organer. Se f.eks. GA 2006.8 hvor et af udlejer indhentet tilbud på istandsættelse blev anset for behørig dokumentation for udgifterne dertil.

Spørgsmålet er i den sammenhæng, om det medfører, at der er en særlig adgang til at lade ensidigt indhentede erklæringer indgå i en sådan sag, hvis den indbringes for boligretten.

Udgangspunktet er, at den ensidigt indhentede erklæring umiddelbart kunne fremlægges for domstolene i det omfang, erklæringen har indgået i huslejenævnets sagsbehandling som grundlag for den forvaltningsretlige af-

<sup>15</sup> Se *Patrizia Martinelli og Jakob Juul-Sandberg* i T:BB 2010.415 ff.

<sup>16</sup> Se dog *Niels Gangsted-Rasmussen* i T:BB 2008.449 ff., der anfører, at det rigtige resultat er, at den ensidigt indhentede erklæring kan fremlægges, men ikke sendes til skønsmanden – og modsat *Preben Bang Henriksen* i T:BB 2009.120 ff.

gørelse, som træffes. Der skal dog stadig tages hensyn til, at sagen for boligretten kan behandles under medvirken af lægdommere, jf. lige ovenfor. Se til illustration U 2000.947/2 VLK (T:BB 2000.211), hvor udlejerne U under en boligretssag om lejefastsættelse ønskede at fremlægge en erklæring, som U havde rekvireret fra en ingeniør til brug for sagens behandling i huslejenævnet. Erklæringen indeholdt dels en beskrivelse af udførte moderniseringsarbejder med tilhørende følgearbejder, dels en prissætning i henhold til beskrivelsen. Lejeren L protesterede mod fremlæggelsen og gjorde gældende, at der var tale om en ensidigt indhentet erklæring. U tilkendegav, at de ikke ville protestere mod afholdelse af syn og skøn. Boligretten gav L medhold i, at bilaget skulle udgå af sagen. Landsretten udtalte, at bilaget var indhentet på foranledning af huslejenævnet til brug for nævnets behandling, og bilaget indgik i huslejenævnets afgørelse. Der var derfor ikke grundlag for at nægte fremlæggelse af bilaget.

U 2003.1088 VLK om en speciallægeerklæring der ikke havde været forelagt Det Sociale Nævn – og som ikke blev tilladt fremlagt for byretten – støtter modsætningsvist dette synspunkt.<sup>17</sup>

### 3.2.1. Delkonklusion

Hvis erklæringen indeholder en beskrivelse af eller dokumentation for forhold, som kan vurderes af dommerne i sagen uden foretagelse af syn og skøn, vil erklæringen som udgangspunkt ikke kunne fremlægges.<sup>18</sup> Højesterets praksis, jf. U 2008.2393 HK, ændrer ikke på dette, jf. også ovenfor i forrige afsnit.

Adgangen til at fremlægge en ensidigt indhentet erklæring for boligretten – som ikke har været forelagt huslejenævnet – vil ligeledes fortsat være begrænset. Der vil her være tale om fremlæggelse af erklæringen i en verserende tvist – se ovenfor i afsnit 1.1. Herunder hører den situation, hvor den ensidigt indhentede erklæring kunne have været fremlagt for huslejenævnet og dermed indgået i forvaltningens vurderingsgrundlag, men ikke er blevet det. Erklæringen, eller andre bilag i øvrigt, vil da som hovedregel ikke kunne fremlægges for boligretten, idet oplysninger, som vedrører konkrete forhold, der skal lægges til grund for den afgørelse, som nævnet skal træffe, kan afskæres, såfremt en part ikke – trods opfordring dertil – fremlægger dokumentationen.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Jf. tillige *Pernille Backhausen m.fl.*: *Proceduren*, 3. udg., 2009, s. 306. Forvaltningsorganets sagsfremstilling til brug for den af forvaltningen truffe afgørelse kan som udgangspunkt ikke fremlægges, jf. f.eks. TfS 2008.107 B.

<sup>18</sup> Jf. også *Jakob Juul-Sandberg*: *Det lejedes værdi*, 2. udg., 2010, s. 285 med henvisninger.

<sup>19</sup> Se U 1999.1294 ØLK (T:BB 1999.391), U 2007.579 ØLK (T:BB 2007.211), T:BB 2007.34 VLK, T:BB 2007.728 VLK og U 2007.1386 VLK (T:BB 2007.384), U 2009.2465

### 3.3. Dokumentation for omfang af og omkostninger til istandsættelse ved fraflytning

Ved tvister om istandsættelse ved fraflytning, vil udlejerens erstatningskrav blive dokumenteret gennem fremlæggelsen af bilag, der dokumenterer de afholdte udgifter. Der kan dog ikke opstilles et generelt krav om, at istandsættelsen, som kan kræves af lejereren i henhold til den indgåede lejeaftale, faktisk skal udføres. Hvis istandsættelsen ikke gennemføres, vil erstatningskravet kunne dokumenteres ved fremlæggelsen af ensidigt indhentede overslag eller tilbud, jf. f.eks. T:BB 2002.438 ØLK, hvor udlejer i forbindelse med opgørelse af et erstatningskrav efter en lejers fraflytning inden anlæg af retssag havde indhentet et ensidigt indhentet tilbud fra et malerfirma. Det måtte anses for sædvanlig fremgangsmåde at indhente et sådant tilbud, og det blev tilladt at fremlægge det, da boligretten ved bevisvurderingen kunne tage højde for, at det var indhentet af udlejer.<sup>20</sup> Boligretten vil have kompetencen til at vurdere, i hvilket omfang udgifterne kan gøres gældende mod lejereren. Boligretten anser sig oftest også kompetent til at vurdere, om de priser, som udlejer har indhentet, er rimelige. Normalt vil lejereren dog bære bevisbyrden for, at udlejers priser er ubillige.

I T:BB 2000.249 VLK indhentede den sagsøgte lejer et overslag fra en malermester for at påvise, at de af udlejer indhentede tilbud, der var fremlagt med stævningen, var for dyre. Da overslaget havde karakter af en erklæring om syn og skøn og var fremkommet efter sagens anlæg, kunne det ikke tillægges bevismæssig betydning og kunne derfor heller ikke fremlægges under sagen. Gældende højesteretspraksis vil ikke ændre på det resultat, jf. også ovenfor i afsnit 1.1.

#### 3.3.1. Delkonklusion

Praksis på dette område er i overensstemmelse med de seneste kendelser fra Højesteret om fremlæggelsen af ensidigt indhentede erklæringer.

## 4. Fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer i tvister om mangler ved fast ejendom

Erklæringer om mangelfulde forhold ved fast ejendom kan utvivlsomt karakteriseres som værende tekniske erklæringer. Udgangspunktet har i denne type sager også været, at den ensidigt indhentede erklæring ikke kunne fremlægges, jf. ovenfor.

---

H samt *Jakob Juul-Sandberg* i T:BB 2007.561 ff. og i *Det lejedes værdi*, 2. udg., 2010, s. 318 f.

<sup>20</sup> Se endvidere T:BB 2000.280 V, GA 2006.8, GD 2006.80 Ø samt *Niels Grubbe og Hans Henrik Edlund: Boliglejeret*, 2008, s. 397 ff.

Praksis på området er tilsyneladende også »blødt op« efter Højesterets præjudikater, jf. f.eks. FM 2010.262 VLK. Tvisten vedrørte et bilag, der indeholdt en erklæring fra en tredjemand udarbejdet før sagens anlæg efter anmodning fra sagsøger. Erklæringen indeholdt en kort opregning af en række mangler og andre forhold ved et byggeri, der angiveligt skulle udbedres. Endvidere var der en skønnet udbedringsudgift for udbedringsforslagene. Landsretten tillod i modsætning til byretten fremlæggelsen med henvisninger til U 2007.2040 HK, U 2008.2193 HK og U 2008.2393 HK. Udgangspunktet er også på dette område i dag, at fremlæggelsen af den ensidigt indhentede erklæring kan ske.

#### **4.1. Mulighed for gennemførelse af syn og skøn under retssagen**

Spørgsmålet er, om retstilstanden her også omfatter den situation, hvor den tekniske erklæring, der skal dokumentere mangler ved en fast ejendom, kan fremlægges, hvor der under retssagen er mulighed for at gennemføre syn og skøn – eller om dette er en omstændighed, der medfører, at udgangspunktet om adgang til at fremlægge må fraviges.

Den tekniske erklæring indeholder oftest en beskrivelse af forhold, der kan dokumenteres gennem syn og skøn (medmindre der er sket udbedring af manglen inden sagen indbringes for domstolene – jf. om denne situation nedenfor i afsnit 4.2). At der kan gennemføres syn og skøn under retssagen, er også i de fleste tilfælde den primære årsag til modpartens protest mod fremlæggelsen af den ensidigt indhentede erklæring for domstolene. Beviset må fremskaffes efter RPLs regler, og en indenretligt indhentet syns- og skønserklæring tilsidesættes sjældent.<sup>21</sup> Var det tilfældet, ville det også devaluere værdien af indenretlige syn og skøn i meget høj grad, hvilket generelt ville stride mod kontradiktionsprincippet. Dette er dog mere et spørgsmål om, hvilken bevismæssig værdi erklæringen kan tillægges.

I T:BB 2009.180 VLK blev en skønserklæring fra et under den ene parts protest foretaget udenretligt foretaget syn og skøn nægtet fremlagt med den begrundelse, at der i sagen skulle foretages et indenretligt syn og skøn. Der blev ikke i præmisserne i afgørelsen henvist til U 2008.2193 HK eller U 2008.2393 HK. Afgørelsen kan være begrundet i, at den part, der ville fremlægge erklæringen, kunne have indrettet sig anderledes, da modparten protesterede, samt at der var tale om et syn og skøn udmeldt under voldgift, jf.

<sup>21</sup> Se dog *Patrizia Martinelli* og *Jakob Juul-Sandberg* i T:BB 2010.415 ff. om domstolenes vurderinger og tilsidesættelser af skønserklæringer i sager om fastsættelse af markedslejen i erhvervslejerforhold og herom også ovenfor i afsnit 3.1. Hvorvidt praksis i disse sager (om fastsættelse af markedslejen) vil have en afsmittende effekt på andre sager, hvor der ofte indgår syn og skøn, er det endnu ikke muligt endeligt at vurdere.

også nedenfor i afsnit 4.3.<sup>22</sup> En besøgsrapport, der indeholdt en beskrivelse af de forhold, hvorom der tvist, blev tilladt fremlagt i sagen, hvilket er i overensstemmelse med Højesterets praksis.

I FED 2009.38 ØLK nåede landsretten ligeledes frem til, at en ensidigt indhentet erklæring ikke kunne fremlægges. Der skulle under retssagen afholdes syn og skøn. Under sagen mellem en andelsboligforening og et forsikringsselskab ville andelsboligforeningen fremlægge en erklæring med nogle prisoverslag fra et byggefirma. Prisoverslagene var ensidigt indhentet efter, at en retssag mod forsikringsselskabet om erstatning for skimmel-svampeangreb efter en brandskade var afsluttet, til brug for en ny retssag om samme forhold. Beregningen af de pågældende priser havde indgået i den første retssag, men andelsboligforeningens påstande herom var blevet afvist af landsretten, fordi de var for upræcise. Landsretten fandt, på trods af udgangspunktet i U 2008.2393 HK, at disse særlige omstændigheder gjorde, at erklæringen ikke burde tillades fremlagt og heller ikke burde omtales i det materiale, der blev overgivet til skønsmanden. Denne afgørelse kan dog, på trods af landsrettens henvisning til U 2008.2393 HK, siges at tilhøre kategorien af afgørelser, der vedrører erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg, hvor der stadig kun i mere begrænset omfang er adgang til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer (jf. ovenfor i afsnit 1.1).

#### 4.1.1. Delkonklusion

Det forhold, at der kan afholdes syn og skøn under retssagen, tillægges efter de refererede landsretsafgørelser betydning ved vurderingen af, om den ensidigt indhentede erklæring kan fremlægges. De anførte afgørelser udgør dog ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at det forhold, at der under sagen kan gennemføres syn og skøn, alene er tilstrækkeligt til, at fremlæggelsen af den ensidigt indhentede erklæring ikke kan ske. Dels udtalte Højesteret sig ikke om dette moment i U 2008.2393 HK, dels kan resultatet i de to landsretskendelser også begrundes i andre forhold. Endvidere ville den praksis være i strid med retstilstanden i øvrigt, hvorefter det forhold, at der kan afholdes syn og skøn under en retssag, ikke i sig selv kan begrunde, at erklæringen ikke kan fremlægges, og/eller at den ikke kan forelægges for skønsmanden, der som altovervejende hovedregel har ret til at se alle sagens bilag, jf. U 2001.502 ØLK, FED 2003.1702 ØLK, U 2004.1370 VLK, U 2006.2972 ØLK (T:BB 2007.88), FED 2010.72 ØLK, samt senest U

<sup>22</sup> Se også FED 2002.2690 ØLK, hvor en ensidigt indhentet erklæring om nogle mangelfulde bygningsforhold ikke kunne fremlægges, da den part, der ønskede erklæringen fremlagt, kunne have inddraget modparten ved erklæringens tilblivelse eller udmeldt syn og skøn efter RPLs regler.

2010.2471 HK og U 2011.2167 VLK.<sup>23</sup> Det gælder også fremlæggelsen af andre bevisdokumenter, der forholder sig til de forhold, som kan undergives syn og skøn.

Højesterets kendelser har i den henseende hverken indsnævret eller udvidet området for, at der kan gives adgang til fremlæggelsen af den ensidigt indhentede erklæring på dette område. At der under retssagen kan afholdes syn og skøn er ikke tilstrækkeligt til, at udgangspunktet kan fraviges. Der skal foreligge andre konkrete momenter, for at fremlæggelsen kan nægtes – f.eks. inhabilitet (U 2011.151 HK), at erklæringen er indhentet efter sagens anlæg (FED 2009.38 ØLK), eller at omstændighederne omkring erklæringens tilblivelse i øvrigt kan anfægtes (T:BB 2009.180 VLK og straks nedenfor).

#### **4.2. Fremlæggelse af erklæringer indhentet i forbindelse med ankenævnsbehandling**

Hvis en teknisk erklæring er tilvejebragt ved tvistens behandling for et ankenævn, før den indbringes for domstolene, er spørgsmålet, om erklæringen skal anses som værende ensidigt indhentet, og, hvis det lægges til grund, hvorvidt dette er tilstrækkeligt til, at erklæringen ikke kan fremlægges for domstolene mod modpartens protest, hvor det fortsat er muligt at afholde syn og skøn under retssagen.

Praksis om spørgsmålet er forholdsvist entydig. I U 2004.2856 ØLK (T:BB 2004.533) og U 2002.2770 ØLK kunne en skønserklæring fra Ankenævn for Huseftersyn ikke forelægges for en indenretligt udpeget syns- og skønsmand. Med samme resultat U 2000.699 ØLK om syn og skøn afholdt ved Byggeriets Ankenævn. Se tilsvarende U 1999.1906 ØLK vedrørende Forbrugerklagenævnet. I U 2003.736 VLK (T:BB 2003.227) blev en skønserklæring og kendelsen fra Byggeriets Ankenævn dog tilladt fremlagt. Det fremgår ikke tydeligt af afgørelsen, om materialet kunne forelægges skønsmanden i retssagen.<sup>24</sup>

Spørgsmålet er, om denne praksis fortsat kan fastholdes efter U 2008.2393 HK. Da der er tale om tekniske erklæringer, er det et spørgsmål, om der er grundlag for at fravige udgangspunktet. Begrundelsen, for at en erklæring fra et ankenævn skal betragtes som ensidigt indhentet – eller i hvert fald ikke som værende et bevis indhentet under iagttagelse af kontradiktionsprincippet – er, at der er tale om en erklæring indhentet ved en proces, som ikke er blevet styret af parterne i tvisten, men af ankenævnet, der udmelder skønsmanden osv., ligesom syn og skøn i en sådan sag kan ske

<sup>23</sup> Jf. endvidere *Hans Henrik Tausen*: Erstatningsansvar i forbrugerforhold ved handel med fast ejendom, 2. udg., 2006, s. 295 f., samt *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 96.

<sup>24</sup> Jf. *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 62.

uden parternes medvirken i øvrigt.<sup>25</sup> Officialprincippet finder her anvendelse. Objektivt set er der ikke noget grundlag for ikke at tillade fremlæggelsen. Skønsmanden er forudsætningsvist ikke inhabil,<sup>26</sup> erklæringen er tilvebragt inden anlæg af retssagen, og selve processen omkring erklæringens tilblivelse vil ligeledes forudsætningsvist ikke kunne anfægtes, da der i de fleste ankenævne er faste retningslinjer for, hvordan syn og skøn gennemføres. Det argument, at der under retssagen kan gennemføres syn og skøn, er heller ikke tilstrækkeligt grundlag for at nægte fremlæggelsen, jf. ovenfor.<sup>27</sup>

#### 4.2.1. Delkonklusion

I det omfang en ensidigt indhentet erklæring er indgået i bevisvurderingen ved ankenævnet, bør den som udgangspunkt tilsvarende kunne indgå som bevis ved domstolens behandling af tvisten, jf. også ovenfor i afsnit 3.2 om huslejenævnet og boligretten.

Praksis ved private tvistnævne kan dog være den, at sagen afvises fra behandling, selvom der kan fremlægges en ensidigt indhentet erklæring, såfremt det forhold, der påberåbes, ikke kan besigtiges, f.eks. fordi skaden er udbedret, eller genstanden er gået til grunde.<sup>28</sup>

### 4.3. Erklæringer indhentet gennem voldgiftsbehandling eller andre udenretlige syn og skøn

Adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer for en voldgiftsret er måske udvidet i forhold til adgangen til fremlæggelse for domstolene.<sup>29</sup> Da en sag, der har været behandlet ved voldgift, som hovedregel ikke

<sup>25</sup> B. Gomard og M. Kistrup: *Civilprocessen*, 6. udg., 2007, s. 632.

<sup>26</sup> Den skønsmand, der har været udmeldt ved f.eks. Byggeriets Ankenævn, kan ikke udmeldes som skønsmand i retssagen efterfølgende, jf. U 2001.1902/1 VLK.

<sup>27</sup> Se også *Hans Henrik Tausen*: Erstatningsansvar i forbrugerforhold ved handel med fast ejendom, 2. udg., 2006, s. 300 om skønserklæringer indhentet ved Ankenævn for Huseftersyn.

<sup>28</sup> Jf. *Hans Henrik Tausen*: Erstatningsansvar i forbrugerforhold ved handel med fast ejendom, 2. udg., 2006, s. 279 om praksis ved Ankenævn for Huseftersyn.

<sup>29</sup> Der tages her udgangspunkt i Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomheds praksis. Se *Hans Henrik Vagner v/ Torsten Iversen*: *Entrepriseret*, 4. udg., 2005, s. 333-334, samt *Jakob Juul og Peter Faurholdt Thommesen*: *Voldgiftsret*, 2. udg., 2008, s. 217 med henvisning til *Sjur Brækhus* i *Lov og Rett* 1999.272, KFE 1986.121 VBA, samt KFE 2002.30 VBA om praksis »hidtil«, men længere nede på s. 217 mere tvivlende »... om denne praksis fortsat er gældende ret« med henvisning til Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomheds Vejledning for byggevoldgift (VBA-2007), hvoraf det bl.a. fremgår, at »... Selv om en byggevoldgiftsret i kraft af sin sammensætning med deltagelse af faglige dommere ofte vil være bedre rustet end en almindelig domstol til at vurdere en ensidigt indhentet erklæring, er udgangspunktet, at ensidigt indhentede erklæringer ikke tillades fremlagt. Undtagelser fra dette udgangspunkt kan dog forekomme. Der kan være tilfælde, hvor man vil tillade en en-



kan indbringes for domstolene for så vidt angår materielle spørgsmål, vil det forhold dog ikke have afsmittende effekt på muligheden for at inddrage en sådan erklæring for domstolene, som f.eks. erklæringer der har været inddraget i huslejenævnets sagsbehandling. I denne situation vil bedømmelsen af muligheden for at fremlægge erklæringen ikke være anderledes end vurderingen af andre ensidigt indhentede erklæringer, og adgangen til fremlæggelsen bl.a. afhænge af omstændighederne omkring erklæringens tilblivelse i sammenhæng med en forestående voldgift.

Spørgsmålet er her nærmere, om en skønserklæring indhentet under voldgiftsbehandlingen kan anvendes i forhold til en ny part ved domstolene. Den situation kan være særligt latent i entrepriserforhold, hvor der ofte ikke i alle »kontraktstled« er aftalt voldgift. Praksis har her hidtil været, at en skønserklæring fra en voldgiftsret ikke kan fremlægges for domstolene, jf. f.eks. U 2003.1936 ØLK (T:BB 2003.401), hvor skønserklæringer fra en voldgiftssag mod en entreprenør ikke kunne fremlægges i sag ved domstolene mod arkitekten vedrørende samme byggeri med den begrundelse, at arkitekten ikke fandtes »...i forbindelse med voldgiftssagen at have haft anledning til eller mulighed for at varetage sine partsbeføjelser i forhold til den nu mod sagsøgte anlagte sag«.

#### 4.3.1. Delkonklusion

Konklusionen er, som i afsnit 4.1, at en sådan skønserklæring i dag kun kan nægtes fremlagt, hvor der er grundlag for at fravige udgangspunktet, jf. U 2008.2393 HK, og det forhold, at der kan gennemføres syn og skøn under en retssag ved domstolene, eller at erklæringen i øvrigt ikke er udarbejdet under iagttagelse af kontradiktionsprincippet, kan ikke alene statuere grundlag for, at fremlæggelsen kan nægtes.

Parter, der ikke har vedtaget voldgift, kan godt deltage i syn og skøn under voldgift og fastholde, at en efterfølgende sag mod denne part skal anlægges ved domstolene. I den situation vil en skønserklæring fremkommet ved voldgiften også utvivlsomt kunne fremlægges i retssagen.<sup>30</sup>

Hvor der har været afholdt udenretligt syn og skøn efter RPL, § 343, vil den der indhentede erklæring kunne indgå i en efterfølgende retssag mellem parterne. Desuden vil en sådan erklæring kunne indgå i en sag, hvor der inddrages en tredjemand efterfølgende, og hvor denne tredjemand har mulighed for at stille supplerende spørgsmål til den skønsmand, der har udarbejdet erklæringen, jf. U 2004.1402 ØLK. Det samme må gælde andre

---

sidigt indhentet erklæring eller dele af en sådan erklæring fremlagt, hvis erklæringen indeholder bevisdata, der ikke længere kan tilvejebringes på anden måde, eller hvis der foreligger andre helt særlige omstændigheder«. Dansk Forening for Voldgift har også lavet nye regler om bevisførelse i voldgiftssager.

<sup>30</sup> Jf. Erik Hørlyck: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 57 f., T:BB 2010.91 VLD.

udenretligt udmeldte syn og skøn, hvorom der er enighed mellem parterne, uanset om skønsforretning er gennemført efter RPLs regler.<sup>31</sup>

#### **4.4. Ingen mulighed for at gennemføre syn og skøn under retssagen**

Hvis det ikke er muligt på anden måde at dokumentere et forhold eller sikre et bevis, f.eks. hvor den mangelfulde omtvistede genstand ikke længere eksisterer, eller hvor manglen eller tilstanden er udbedret, vil grundlaget for at nægte adgang til at få den ensidigt indhentede erklæring fremlagt være meget begrænset. Erklæringen skal dog fortsat undergives en konkret vurdering ud fra dens kvalitet, objektivitet og ud fra de forudsætninger, hvorunder den er udarbejdet. Herunder om erklæringen er tilvejebragt med henblik på bevissikring og tabsbegrænsning, eller om den er udarbejdet alene med henblik på den verserende tvist, jf. f.eks. U 2008.285/2 ØLK. Udgangspunktet vil dog selvsagt være, at erklæringen kan fremlægges, hvorefter det ud fra en vurdering af selve indholdet i erklæringen skal vurderes, om denne kan tillægges nogen bevismæssig værdi som erstatning for syn og skøn.

I en række afgørelser er den ensidigt indhentede erklæring tilladt fremlagt som grundlag for belysningen af, om der skulle udmeldes nyt syn og skøn i en verserende tvist, hvor f.eks. skønsmandens faglige kompetencer anfægtes, jf. U 1990.724/3 H (ikke nyt syn og skøn), U 2004.2164 VLK (ikke nyt syn og skøn), U 2005.1472 HK (ikke nyt syn og skøn), samt U 2006.2908 VLK (ikke nyt syn og skøn); men i modsætning hertil U 1981.143 VLK og U 1983.594 VLK, hvor der ifølge nogle af en af parterne i tvisten ensidigt indhentede erklæringer var flere fejl og mangler ved skønserklæringen. Der fandtes at være skabt en sådan tvivl og usikkerhed, om besvarelsene i erklæringen var fagligt fyldestgørende, at der – uanset at de nye erklæringer var ensidigt indhentede – var grundlag for nyt syn og skøn ved en anden skønsmand.<sup>32</sup>

##### *4.4.1. Delkonklusion*

Generelt kan det konkluderes, at den ensidigt indhentede erklæring i denne sammenhæng som udgangspunkt ikke fører til, at nyt syn og skøn udmeldes, selvom erklæringen når til et andet resultat end skønsmandens.

Denne praksis er dog ikke direkte omfattet af den situation, der foreligger i de ovenfor refererede kendelser fra Højesteret – ej heller er den i øvrigt i modstrid hermed, men fremlæggelsen af erklæringen vil, medmindre andre forhold tilsiger det, i dag nok ikke kunne begrænses til alene at indgå i vur-

<sup>31</sup> U 1996.1387 VLK og *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 63.

<sup>32</sup> *A. Grathe* i U 1990 B 205 ff., *Poul Bostrup og Grete Due*: Syn og skøn efter RPLs regler i skattesager og i andre sager, 2007, s. 44 f. Om retstilstanden inden for det skatteretlige område se UfS 2010.183 ØLK og UfS 2010.184 VLK samt *Tommy V. Christiansen* i Juridisk Ugebrev Skat 2010.1.

deringen af, om der skulle udmeldes nyt syn og skøn. Erklæringen ville kunne fremlægges i sagen under alle omstændigheder.

Dette udgangspunkt må også gælde fremlæggelsen af andre ensidigt indhentede bevismidler, som det vil være overladt til domstolene efterfølgende at vurdere den bevismæssige værdi af. Hvis det ikke er muligt at gennemføre syn og skøn på grundlag af en besigtigelse, vil der i begrænset omfang være adgang til at lade en skønsmand vurdere eventuelle andre beviser som grundlag for sin erklæring. Det kunne være billeder eller videooptagelser, jf. f.eks. U 1999.673 Ø, hvor den part, der rekvirerede syn og skøn, kunne sandsynliggøre, at der forelå »ekstraordinære omstændigheder«, der gjorde, at en videooptagelse kunne lægges til grund for bevisførelsen. Se med modsat resultat U 2011.926 Ø.

Brugen af sagkyndige dommere efter RPL § 20, stk. 1, kan ikke erstatte den bevisførelse i form af syn og skøn eller sagkyndige erklæringer m.v., som efter bevisbyrdereglerne påhviler parterne, jf. landsrettens præmisser i FM 2011.110 VLK.

## 5. Opsummering – afsluttende bemærkninger

Der er forskellige juridiske argumenter, der taler imod retten til at fremlægge en ensidigt indhentet erklæring i en tvist for domstolene – særligt kontradiktionsprincippet og muligheden for på forhånd at vurdere eventuelle inhabilitetsspørgsmål i forhold til den, der udfærdiger erklæringen.

Højesteret har med U 2008.2193 HK og U 2008.2393 HK åbnet for, at ensidigt indhentede erklæringer i videre omfang kan fremlægges. Der skal nu foreligge betydelige konkrete momenter, der taler imod fremlæggelsen, for at denne nægtes.

### 5.1. Lejeretten

I sager om fastsættelse af markedslejen i erhvervslejeretlige tvister følges nu den af Højesteret udstukne praksis. Særligt på dette område er denne adgang til fremlæggelsen af ensidigt indhentede erklæringer vidtrækkende, da det med rette kan diskuteres, om der er tale om en teknisk erklæring, idet erklæringen ikke skal dokumentere et forhold som bevissikring eller grundlag for en tilstand som f.eks. en mangel ved en fast ejendom, men udtale sig om forhold, som er undergivet en mere subjektiv vurdering – en vurdering som boligrettens dommere også er kompetente til at foretage efter en besigtigelse og på grundlag af de i sagen i øvrigt forelagte beviser.

Den, der indhenter erklæringen, vil naturligvis påpege, at erklæringen dokumenterer grundlaget for krav om lejenedsættelse eller forhøjelse; men dette er ikke i sig selv et argument, der bør være afgørende for mulighederne for fremlæggelsen, jf. også kommentarerne ovenfor i afsnit 3. Retstilstanden på dette område vil derfor i nogle tilfælde kunne kritiseres – i hvert

fald så længe det ikke er afklaret, hvilken bevisværdi en ensidigt indhentet erklæring fra en ejendomsmægler skal tillægges. Men ejendomsmæglerne vil sikkert synes godt om praksis. Fremtidigt kan det ikke udelukkes, at der i en række tvister vil indgå tre erklæringer (en fra sagsøger, en fra sagsøgte og en indhentet ved syn og skøn under retssagen).

I andre tilfælde inden for lejeretten er adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer for boligretten fortsat begrænset, hvor sagen har været behandlet i huslejenævnet, og hvor erklæringen ikke har været fremlagt for nævnet.

## **5.2. Mangler ved fast ejendom**

Inden for tvister om mangler ved fast ejendom betyder Højesterets praksis i dag, at adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer er blevet udvidet, og at det forhold, at der under retssagen kan gennemføres syn og skøn, ikke er tilstrækkeligt til, at adgangen til fremlæggelse nægtes.

I forhold til tidligere praksis må der nu også i videre omfang være grundlag for at kunne fremlægge skønserklæringer indhentet ved ankenævnsbehandling eller ved voldgift uagtet, kontradiktionsprincippet ikke er blevet iagttaget. Det gælder også andre skriftlige beviser om faktiske omstændigheder. Hvor gennemførelse af syn og skøn ved et ankenævn har været »spildt«, hvis sagen efterfølgende skulle indbringes for domstolene, medfører retstilstanden nu, at der kan være mulighed for at fremlægge en skønserklæring fra et ankenævn (eller en voldgiftsret) som bevis i en retssag, og det kan ikke udelukkes, at dette vil kunne påvirke bevisbedømmelsen i denne type sager.

## **5.3 Fremtiden**

For parterne i en tvist, og for deres rådgivere, betyder retstilstanden generelt, at man i videre omfang end tidligere må overveje, om der er grundlag for at indhente en ensidigt indhentet erklæring som led i overvejelserne om, der er grundlag for at anlægge en retssag, eller om erklæringen under alle omstændigheder skal indhentes for ikke at forspilde muligheden for at påvirke bevisførelsen ved at fremlægge erklæringen, selvom der kan gennemføres syn og skøn.

Fremlægger modparten i sagen en ensidigt indhentet erklæring, bør det overvejes, om man vil bruge ressourcer på at anfægte muligheden for fremlæggelse af erklæringen i sagen. I stedet bør man nok fokusere på at bestride erklæringens bevismæssige værdi. Det forhold, at en part ikke har protestet mod fremlæggelsen af en ensidigt indhentet erklæring, medfører ikke, at erklæringen alene af den grund får nogen eller større bevismæssig værdi, at bevisbyrdeforholdene ændres, eller at muligheden for processuelle skridt i øvrigt fortabes, medmindre partens procesindlæg kan forstås således, at par-

ten positivt anerkender indholdet, således at der foreligger en procesaftale om, at erklæringen kan lægges til grund for afgørelsen i sagen.

Den ensidigt indhentede erklæring vil fortsat ikke kunne erstatte syn og skøn, og praksis giver ikke anledning til at antage, at den ensidigt indhentede erklæring generelt vil være den nødvendige eller tilstrækkelige bevissikring, således at udbedring af manglen kan foretages før gennemførelse af en tidskrævende retssag, eller f.eks. at en ensidigt indhentet erklæring i sig selv dokumenterer markedslejeniveauet for et givent erhvervslejemål.

# Må politikere kommentere verserende retssager?

– *Et dilemma om ytringsfrihed versus domstolenes uafhængighed*

af

*Pernille Boye Koch*

## 1. Indledning

Det bliver fra tid til anden diskuteret, om politikerne går for vidt, når de udtaler sig om netop afsagte domme. Ofte er politikernes udtalelser faldet i sager, hvor den pågældende dom kritiseres for at være for mild eller på anden måde ikke stemmer overens med politikerens forestillinger om den mest korrekte eller rimelige straf. Politikerens kommentarer kan også have form af en opfordring til anklagemyndigheden om at anke sagen, indgive begæring om 3. instansbevilling eller lignende.

Et af de mest illustrative eksempler stammer fra 2008, hvor både den daværende statsminister og den daværende justitsminister kritiserede Aalborg byrets dom i den såkaldte stadionsag, hvor en 16-årig dreng overfaldt en tilfældig forbipasserende ved Aalborg Stadion og slog og sparkede ham ihjel. Efter byrettens dom på 4 års fængsel for vold med døden til følge udtalte statsministeren til pressen, at »Når man lige ser det, ud fra en almindelig lægmandsbetragtning, kan man godt blive forbløffet over, at en så alvorlig forbrydelse kan ende med så mild en straf«.<sup>1</sup>

Også formanden for Folketingets Retsudvalg har flere gange kommenteret udfaldet af konkrete domme. For eksempel efter byrettens afgørelse i pædofli-sagen fra Tønder, hvor retsudvalgsformanden kritiserede dommen for at være for mild og kaldte ministeren i samråd for at redegøre for den konkrete sag.<sup>2</sup> I maj 2006 kommenterede retsudvalgsformanden den netop indledte straffesag mod de to Berlingske-journalister, der var anklaget for at have viderebragt fortrolige oplysninger fra Frank Grevil om grundlaget for

<sup>1</sup> Som citeret i bl.a. Politiken: <http://i.pol.dk/indland/article585819.ece>.

<sup>2</sup> Se bl.a. <http://www.dr.dk/Nyheder/Politik/231536.htm> Efter pres fra Retsudvalgets øvrige medlemmer tilbagekaldte retsudvalgsformanden imidlertid efterfølgende samrådsspørgsmålet.

Irak-krigen, idet udvalgsformanden erklærede at ville »omstøde eventuelle bøder eller frihedsstraffe«. <sup>3</sup>

Da stadionsagen skulle behandles ved Vestre Landsret, anså retsformanden det for nødvendigt at indskærpe over for nævningene, at de ikke måtte lade sig påvirke af blandt andet udtalelserne fra statsministeren. <sup>4</sup>

Det er i første omgang det forhold, at politikernes udtalelser kan opfattes som et forsøg på at lægge pres på domstolene for at få dem til at komme frem til et andet resultat i ankeinstansen, der udgør det forfatningsretlige problem. Og det har da også flere gange været fremført i pressen, at sådanne udtalelser kan være i modstrid med magtfordelingen og/eller domstolenes uafhængighed.

Den forfatningsretlige teori giver ikke et entydigt svar på, hvordan situationen skal vurderes juridisk. Med denne artikel vil jeg forsøge at skabe en lille smule mere klarhed over de retlige grænser. Og jeg vil forsøge at råde bod på, at hensynet til politikernes *ytringsfrihed* ikke i særlig stort omfang har været inddraget i den hidtidige teori, når netop denne problemstilling har været behandlet <sup>5</sup>. Jeg vil således også lade bestemmelser og praksis om ytringsfrihed i grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention være relevante retlige holdepunkter i analysen.

At der er tale om et sammenstød mellem to modstående rettigheder eller hensyn, komplicerer naturligvis situationen, og jeg har blandt andet på denne baggrund ikke intentioner om at nå frem til meget håndfaste konklusioner om, inden for hvilke præcise rammer politikerne kan udtale sig. Snarere er det et formål med artiklen at forsøge at opstille nogle *pejlemærker*, som de forfatningsretlige retskilder kan give anledning til at udlede, og som på denne baggrund kan fungere som en slags rettesnor for politikerne.

## 2. Magtfordelingslæren i grundlovens § 3

Magtfordelingslæren bliver i den almindelige folkelige debat ofte inddraget som argument for forskellige synspunkter og har også været påberåbt i diskussionen om politikeres kommentarer til verserende retssager. Argumentet synes at være, at politikerne som en del af den lovgivende magt ikke skal blande sig i domstolenes konkrete dømmende virksomhed. Problemet med de fleste påberåbelser af magtfordelingen er imidlertid, at princippet har meget vage konturer, og at de retlige implikationer for dansk ret formentlig er relativt begrænsede.

<sup>3</sup> Se f.eks. <http://www.b.dk/danmark/politisk-stormvejr-mod-peter-skaarup>.

<sup>4</sup> Se retsformandens udtalelser refereret i BT i artikel fra 21. oktober 2008: <http://www.bt.dk/krimi/stadiondrab-fogh-sat-paa-plads-af-landsdommer>.

<sup>5</sup> Henrik Zahle synes at afveje imod hensynet til politikernes ytringsfrihed, jf. *Dansk Forfatningsret* 2, 3. udgave, 2001, s. 105-106, men gør det ikke eksplicit eller fuldt udfoldet.

For det første er det vigtigt at holde sig for øje, at den danske grundlovsbestemmelse ikke kan ses som et snævert påbud om adskillelse mellem den lovgivende, udøvende og dømmende magt i den forstand, at der skal være vandtætte skotter mellem statsorganerne. Dette kan blandt andet udledes af, at grundlovgiverne samtidigt med indskrivningen af magtfordelingsprincippet i § 3 foreskrev et udpræget samarbejde mellem statsorganerne i lovgivningsprocessen, ligesom grundloven af 1849 også for eksempel forudsatte, at folketingsmedlemmer samtidigt kan være ministre og dermed deltage også i regeringsmagten.<sup>6</sup>

Derudover har betydningen af grundlovens § 3 i mange år været omtvistet og uklar. Primært fordi Alf Ross temmelig kategorisk afviste, at den skulle have nogen som helst betydning som skranke for lovgivningsmagten.<sup>7</sup> Alf Ross mente i overensstemmelse med sin generelle opfattelse af Folketinget som »statsmaskineriets centrale styrehus«, at såvel den udøvende som den dømmende magt afledte sin legitimitet fra lovgivningsmagten, og at de tre magter dermed ikke kunne anskues som sidestillede.<sup>8</sup> Som en logisk følge heraf kunne lovgivningsmagten ikke begrænses af de andre – underordnede – organer, og dermed gav det ifølge Ross ikke mening at antage, at grundlovens § 3, 2. og 3. pkt. udgjorde nogen som helst barriere for lovgiver.

Ross stod relativt alene med disse synspunkter, men på grund af hans helt centrale placering i det retsvidenskabelige felt og den massive brug af hans forfatningsretlige lærebøger på jurastudiet, har synspunkterne formentlig været en vigtig medvirkende faktor til den begrænsede tradition for at tillægge magtfordelingslæren i grundlovens § 3 konkret retsdogmatisk betydning.<sup>9</sup> En anden forklaring på bestemmelsens lidt hensygnende tilværelse har naturligvis været den manglende retspraksis, hvor vendepunktet først for alvor indtraf ved Højesterets dom i 1999 om Tvindloven.<sup>10</sup>

Efter Tvinddommen kan der således ikke herske nogen tvivl om, at grundlovens § 3, 3. pkt. opstiller visse grænser for lovgivningsmagten. Det er således antaget i nyere teori, at Folketinget ud fra retssikkerhedshensynet bag magtfordelingslæren må anses som afskåret fra at vedtage love om enkeltpersoners retsforhold, der fremstår som en anvendelse af gældende ret.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Jf. grundlovens § 40, 2. pkt.

<sup>7</sup> Jf. Alf Ross: *Dansk Statsforfatningsret 1*, 3. udgave 1980, s. 237.

<sup>8</sup> Se særligt Alf Ross: *Statsretlige Studier*, 1977, s. 23 ff.

<sup>9</sup> Jf. også Jens Peter Christensen og Michael Hansen Jensens to artikler: *Højesterets dom i Tvind-sagen*, Ugeskrift for Retsvæsen 1999 B s. 227 og *Søgen i Sand*, Ugeskrift for Retsvæsen 1999 B s. 531 ff., som pointerer Ross' særlige betydning.

<sup>10</sup> Jf. UFR 1999.841 H (herefter benævnt »Tvinddommen«).

<sup>11</sup> Jf. Henrik Zahle i *Dansk Statsforfatningsret 2*, 2001, s. 95, Henrik Palmer Olsen (2005) s. 421. Noget mere forbeholden er f.eks. Peter Germer i *Statsforfatningsret*, 4. udgave, 2007, s. 27 ff. og Jørgen Steen Sørensen i *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer* s. 134.



Denne udbygning og præcisering af de tidligere udlægninger af grundlovens § 3, 3. pkt. ændrer dog ikke ved, at der ikke derudover har etableret sig et bredere anvendelsesområde for bestemmelsen, idet spæde forsøg på sådanne synspunkter ikke har vundet videre anerkendelse i den forfatningsretlige diskurs.<sup>12</sup>

Der har gennem tiden været enighed om, at der kan udledes et princip om domstolenes uafhængighed af reglen om, at den dømmende magt henlægges til domstolene (og ikke hører under regenten),<sup>13</sup> men også at den nærmere udmøntning af princippet om domstolens uafhængighed skal findes i grundlovens specielle regler herom.

Der er på denne baggrund ikke grundlag for at antage, at der af magtfordelingslæren i grundlovens § 3 kan udledes noget om, hvorvidt og i hvilket omfang politikere kan udtale sig om verserende retssager. Snarere må blikket rettes mod mere specifikke bestemmelser om domstolenes uafhængighed.

### 3. Grundlovens § 64, 1. pkt. og domstolenes uafhængighed

Det princip om domstolenes uafhængighed, der skitseres i grundlovens § 3, udfoldes således på mere konkret vis i grundlovens § 64. I denne artikels sammenhæng er det primært den såkaldt funktionelle uafhængighed i bestemmelsens 1. pkt., der er relevant. Denne lyder i al sin korthed: »Dommerne har i deres kald alene at rette sig efter loven«.

Det centrale budskab i denne bestemmelse er en understregning af, at dommerne i deres virksomhed kun skal lade sig styre af det retlige materiale og ikke skal lade sig påvirke af utilbørligt pres. Ligesom ved de øvrige regler om domstolenes uafhængighed er det i første omgang en påvirkning fra regeringsmagten, som bestemmelsen tilsigter at værne imod. Skræks scenariet – eller modbilledet, om man vil – var den førkonstitutionelle retstilstand, hvor kongen var en del af domsmyndigheden, og magtudøvelsen ofte var arbitrær.<sup>14</sup>

Der er således en snæver sammenhæng mellem denne bestemmelse (den funktionelle uafhængighed) og reglen i § 64, 2. pkt., hvorefter dommere kun kan afskediges ved dom og ikke ved administrativ beslutning (den personelle uafhængighed) samt reglen i § 62, hvorefter retsplejen skal holdes adskilt fra forvaltningen (den organisatoriske uafhængighed). Alle har til formål at sikre domsmagtens uafhængighed i forhold til de politiske magthavere.

<sup>12</sup> Se i den forbindelse Henrik Palmer Olsen, *Magtfordeling*, 2005 og kritikken fra henholdsvis Jens Peter Christensen (*Juridisk metode i statsretten*) i UfR 2005B s. 353 ff og Gorm Toftegaard Nielsen (*Magtfordeling og grundlovens § 3*) i UfR 2005B s. 358 ff.

<sup>13</sup> Se f.eks. Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret 2*, 3. udgave 2001, s. 90-91.

<sup>14</sup> Se f.eks. Poul Andersen: *Dansk Statsforfatningsret*, 1954 s. 573.

I teoriens udlægning af grundlovens § 64, 1. pkt. har man forsøgt at komme nærmere, hvilke typer for utilbørlig påvirkning grundlovsbestemmelsen skal værne imod, og hvem budskabet retter sig imod. I relation til denne artikels problemstilling er det blandt andet relevant at forholde sig til, om bestemmelsen også kan siges at rette sig mod politikerne (og ikke kun dommerne), og i givet fald hvilke typer af politikere.

Poul Andersen gør i sin behandling af § 64, 1. pkt. meget ud af at skildre den fælles baggrund for grundlovsbestemmelserne om domstolenes uafhængighed, hvilke han betragter som en garanti for retssikkerheden, og allerede i hans indledende redegørelse understreger han, at påvirkningsrisikoen ikke kun kommer fra regeringsmagten:

»Princippet om Domstolenes Uafhængighed tager først of fremmest Sigte paa Domstolenes Forhold til Regeringen; men dets ovenfor anførte Begrundelse har ogsaa Gyldighed i Forholdet til Folkerepræsentationen, saa sandt som en Adgang for denne til gennem Fler-talsbeslutninger at øve Indflydelse paa Afgørelsen af de enkelte Retssager vilde være egn- et til at fremkalde Retsusikkerhed.«<sup>15</sup>

Dette underbygges i den mere specifikke omtale af den funktionelle uafhængighed i grundlovens § 64, 1. pkt:

»Det er først og fremmest Tilkendegivelser fra Regeringens Side om, hvordan en konkret Retssag skal behandles og afgøres, der er uforbindende for Dommeren; det er saadanne Tilkendegivelser, som er farligst for Retssikkerheden. (...)

Domstolene er endvidere uafhængige af Folketinget. Særlig klart er det, at der ikke ved Folketingsbeslutning kan gives Domstolene Paalæg vedr. Behandlingen og Afgørelsen af konkrete Retssager.«(...)

Bortset fra saadanne mere eller mindre betydningsfulde Fortolkningsbidrag kan Folketinget hverken ved Beslutninger eller andre Tilkendegivelser gribe ind i Domstolenes Ret- sanvendelse.«<sup>16</sup>

Hvor Poul Andersen således gør det klart, at påvirkningsfaren ikke kun stammer fra regeringen, men i lige så høj grad fra Folketinget, fastholder han i sin behandling af problemstillingen et perspektiv, hvor den primære adressat for grundlovsbestemmelserne synes at være dommerne.

Dette ændres en smule ved Alf Ross' statsretsværk, hvis 1. udgave stammer fra 1962, og som senest blev revideret i 1980. Her fremkommer Ross med bemærkninger, der signalerer, at grundlovsbestemmelsen også retter sig direkte mod ministre og folketingsmedlemmer, idet han om § 64, 1. pkt. erklærer følgende:

<sup>15</sup> Poul Andersen, op.cit. s. 573.

<sup>16</sup> Poul Andersen, op.cit. s. 575-576.

»Heri ligger først og fremmest, at ingen minister har myndighed til at instruere en domstol om, hvorledes en konkret sag skal afgøres. Alle tilkendegivelser i denne retning er uden enhver retsgyldighed. (...) I forhold til domstolene vil sådanne tilkendegivelser, uanset deres retligt forbindende karakter, være absolut upassende som stridende mod ånden i princippet om domstolenes uafhængighed og vækkende mistanke om, at der bag tilkendegivelsen kunne skjule sig en eller anden form for politisk pres.«<sup>17</sup>

Det er en interessant udmelding. For her siger Ross jo ikke kun det selvfølgelig, at dommerne pga. den manglende retsgyldighed ikke skal lade sig påvirke. Han gør også bestemmelsen relevant for den ytrende politiker med bemærkningen om, at sådanne udtalelser vil være absolut upassende som stridende mod ånden i princippet om domstolenes uafhængighed.<sup>18</sup>

Helt på samme linje er Max Sørensen, når han i sin statsforfatningsret fra 1973 efter en redegørelse for, hvordan § 64, 1. pkt. udelukker, at justitsministeren eller andre ministre gennem generelle eller konkrete påbud kan dirigere domstolenes strafudmåling, tilføjer følgende:

»På samme måde er reglen i grl. § 64 til hinder for, at tilkendegivelser til domstolene fra folketinget eller nogen anden politisk instans kan have forbindende virkning for dommerne. Det ville endog være i strid med reglens ånd og formål, om folketinget på denne måde søgte at øve indflydelse på domstolenes afgørelser, selv om det skete i klar erkendelse af, at der kun kunne lægges et vist politisk pres på domstolene og ikke pålægges dem nogen retlig forpligtelse.«<sup>19</sup>

Det skal dog bemærkes, at selv om både Alf Ross og Max Sørensen også gør den ytrende til en adressat – og dermed retssubjekt – for bestemmelsen, er de mere forsigtige, når de anvender formuleringer som »absolut upassende som stridende mod ånden i princippet om domstolenes uafhængighed« og »i strid med reglens ånd og formål«. Ingen af dem erklærer det direkte i modstrid med bestemmelsen, men de påberåber sig i stedet »ånden« i denne regel om domstolenes funktionelle uafhængighed.

Af nyere statsretsteoretikere følger Peter Germer ikke op på forgængernes argumentation om, at grundlovens § 64 også i en vis udstrækning retter sig mod de ytrende politikere, men det gør derimod Henrik Zahle, hvis synspunkter i ganske vidt omfang er et konglomerat af de hidtidige synspunkter krydret med nogle vigtige nuanceringer og forbehold.

<sup>17</sup> Jf. Ross, 1980, s. 544.

<sup>18</sup> Til gengæld nævner Ross ikke – som Poul Andersen – at bestemmelsen også må omfatte udtalelser fra Folketinget/folketingsmedlemmer, idet han udelukkende forholder sig til tilkendegivelser fra ministre/regeringen.

<sup>19</sup> Jf. Max Sørensen: *Statsforfatningsret*, 2. udgave, 1973, s. 157.

»Det er utilbørligt, om en minister søger at instruere en dommer om, hvorledes en konkret sag eller en gruppe af sager skal afgøres. Dette gælder, uanset om ministerens interesse i sagen skyldes, at ministeriet selv er part i sagen, eller ministeren blot foretrækker et bestemt udfald. (...) En minister er beføjet til at udtrykke sin opfattelse af et emne, der er genstand for en retssag, hvis der er saglig grund hertil, f.eks. i sager, hvor et ministerium er part og ministeren vil begrunde, at ministeriet anker en dom, der er gået ministeriet imod.«<sup>20</sup>

Det mest interessante er i første omgang, at adressaten for bestemmelsen nu næsten udelukkende betragtes som værende den ytrende og ikke dommerne. Og Zahle fortsætter med følgende vedrørende folketingspolitikkerne:

»Hvad en minister ikke bør gøre i forhold til domstolene, bør Folketinget ej heller gøre. En folketingstilkendegivelse, der udelukkende tager sigte på at påvirke en domstol i afgørelsen af en konkret retssag, er uden gyldighed for domstolen, jf. P Germer 1995 s 164. Men det må være legitimt, at Folketinget tilkendegiver en opfattelse af et retsforhold, hvor dette er politisk relevant. Folketinget vil ofte være nødsaget til at udtrykke sig på en måde, der forudsætter bestemte retsopfattelser såvel generelt som om konkrete retsforhold. Statsmagterne skal fungere uafhængigt af hinanden, men de skal fungere. Og til såvel Folketingets som ministerens aktiviteter hører en adgang til at kunne udtrykke sig også om retlige forhold, *dog ikke om konkrete sager, der er under behandling ved domstolene.*« (min fremhævning)<sup>21</sup>

På den ene side anerkender Zahle således, at der i Folketinget kan være behov for politiske diskussioner og tilkendegivelser, der nogle gange baserer sig ikke kun på abstrakte synspunkter og generelle fakta, men også på konkrete retsforhold. Altså en afvisning af alt for rigide grænser for folketingspolitikkerne i respekt for deres ytringsfrihed og behovet for en offentlig debat. På den anden side er Zahle den statsretsteoretiker, der klarest udtrykker, at det ikke tilkommer Folketinget eller ministeren at udtale sig om konkrete sager, der er under behandling ved domstolene.

#### 4. Grundlovens § 64, 1. pkt. og EMRK art. 6 om fair trial

Hvis man skal opsummere teoriens opfattelse af grundlovens § 64, 1. pkt., er det således, at bestemmelsen beskytter mod utilbørlig påvirkning fra såvel regeringen (heriblandt de enkelte ministre) som Folketinget. Og at tendensen er gået i retning af ikke kun at se bestemmelsen som et direktiv til dommerne om at se bort fra utilbørlige tilkendegivelser, men også som et forbud rettet mod de ytrende politikere.

<sup>20</sup> Jf. Henrik Zahle: *Dansk Statsforfatningsret* 2. 3. udgave, 2001, s. 104-105.

<sup>21</sup> Jf. Zahle, *op.cit.*, s. 105-106.

Grundlovens principper om domstolenes uafhængighed bliver imidlertid suppleret af art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der de senere år har haft stor betydning for, hvordan spørgsmål om domstolenes uafhængighed skal vurderes.<sup>22</sup> En væsentlig bestanddel i fortolkningen af art. 6 er princippet om, at domstolene ikke alene skal være uafhængige, de skal også *fremstå* som værende uafhængige («appearance of independence»<sup>23</sup>).<sup>23</sup> Og spørgsmålet er, om ikke dette princip i forhold til problemstillingen om politikeres kommentarer til verserende retssager kan trække i en skærpende retning i den forstand, at det kan tale for snævrere rammer for politikerne.

For selv om man antager, at dommerne har så høj integritet, at de ikke under nogen omstændigheder lader sig påvirke af ministres eller folketingsmedlemmers kritik af sagens udfald i en lavere instans, så kan alene omverdenens mistanke om, at domstolene måske lader sig påvirke, tale for, at de kontroversielle udtalelser strider mod princippet om domstolenes uafhængighed.

Alt i alt er det rimeligt at konkludere, at man ud fra grundlovens § 64, 1. pkt. kombineret med EMRK art. 6 kan antage, at der – også ud fra traditionelle juridiske fortolkningsprincipper – eksisterer visse grænser for politikeres frihed mht. at udtale sig om konkret verserende retssager. Hensynet til domstolenes uafhængighed må imidlertid opvejes mod hensynet til politikernes (udvidede) ytringsfrihed, og den nærmere specifikation af grænserne derfor afhænge heraf.

## 5. Grundlovens § 57, 2. pkt.

Udover grundlovens generelle bestemmelse om ytringsfrihed eksisterer en bestemmelse, der fastslår en særlig beskyttelse for ytringer, som folketingsmedlemmer fremkommer med i forbindelse med deres politiske arbejde i Folketinget. Egentlig opstiller § 57, 2. pkt. kun en processuel beskyttelse, idet den kræver Folketingets samtykke, inden folketingsmedlemmer kan straffes for ytringerne. Men ifølge Folketingets faste praksis gives der aldrig samtykke til sådanne injuriersøgsmål,<sup>24</sup> hvorfor bestemmelsen i realiteten giver medlemmerne immunitet, når de vel at mærke udtaler sig fra Folketingets talerstol eller som led i Folketingets arbejde i øvrigt, f.eks. til udvalgs-møder.

<sup>22</sup> Jf. særligt UfR 1994.536 H om de konstituerede dommere, der netop havde EMRK art. 6 og kravet om »appearance of independence« som sit omdrejningspunkt.

<sup>23</sup> Jf. f.eks. *Campbell and Fell v. United Kingdom* (1984), *Sramek v. Austria* (1984) og *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>nd</sup> edition, 2009, s. 291.

<sup>24</sup> Jf. Claus Dethlefsen i *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*, 2006, s. 374.

Formålet med grundlovens § 57, 2. pkt. har ligesom bestemmelsens 1. pkt. primært været at undgå, at man kan sætte politiske modstandere ud af spillet ved at foranstalte straffesager anlagt imod dem eller ved at anlægge private søgsmål i anledning af de pågældende folketingsmedlemmers ytringer.<sup>25</sup> I et totalitært samfund kan usaglige anklager netop være et effektivt middel for magthaverne til at sætte politiske modstandere ud af spillet. Kravet om forudgående samtykke fra parlamentet kan i den forbindelse være en effektiv barriere.

Det kunne måske anføres, at den praksis, som Folketinget har udviklet, hvorefter samtykke aldrig gives, ikke er fastslået i bestemmelsens ordlyd og måske heller ikke er i tråd med grundlovgivers intention om, hvor omfattende en beskyttelse bestemmelsen skulle tilbyde. Dette ville i givet fald kunne være et argument for, at § 57, 2. pkt. ikke kunne tillægges så tungtvejende betydning over for det modstående hensyn til domstolenes uafhængighed.

Kigger man nærmere i forarbejderne, dukker en interessant detalje frem til belysning af sagen. Ved behandlingen i den Grundlovgivende Rigsforsamling stillede Ørsted et ændringsforslag, hvorefter bestemmelsen skulle tilføjes ordene: »hvilket samtykke dog ej bør nægtes, når nogen åbenbart har overskredet grænserne for den frimodighed i at ytre sin mening, som hans kald må hjemle ham«.<sup>26</sup>

Ændringsforslaget kan vanskeligt ses som andet end en understregning af, at bestemmelsen efter forslagsstillerens opfattelse ikke måtte blive et absolut ytringsfrihedsprivilegium, men at man godt kan forestille sig situationer, hvor et folketingsmedlem har været så ekstrem i sine udtalelser, at samtykke burde gives.

Det interessante er imidlertid, at ændringsforslaget blev forkastet med 97 stemmer mod 4, altså med et overvældende flertal.<sup>27</sup> Dette underbygger efter min opfattelse, at den restriktive praksis fra Folketinget er i overensstemmelse med en formålsorienteret fortolkning af § 57, 2. pkt., og – ikke mindst – at hensynet til folketingsmedlemmernes ytringsfrihed i Folketinget skal veje relativt over for hensynet til domstolenes uafhængighed. Grundlovgiver havde med andre ord vanskeligt ved at forestille sig situationer, hvor folketingsmedlemmer skulle begrænses i deres ret til at udtale sig.

## 6. Udvidet materiel beskyttelse af politikere

Udover beskyttelsen i grundlovens § 57, 2. pkt. er det også antaget, at der gælder en udvidet materiel beskyttelse af politikere i dansk ret i øvrigt, jf. f.eks. Henrik Zahle, 2001, s. 108. Dette kan blandt andet udledes af bestemmelsen i straffelovens § 269, hvorefter en ellers strafbar sigtelse er

<sup>25</sup> Se f.eks. Poul Andersen, op.cit. s. 293 ff.

<sup>26</sup> Jf. Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen 1848-49, sp. 2281.

<sup>27</sup> Jf. Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen 1848-49, sp. 3256.

straffri, hvis den, der fremsætter sigtelsen i god tro, har handlet »til berettiget varetagelse af en åbenbar almeninteresse«, hvilket politikere jo ofte kan siges at gøre, hvis de ytrer sig som led i en politisk debat. Også i andre situationer end ved injuriersager bør hensynet til den offentlige debat ifølge retspraksis veje tungt, altså i for eksempel sager om overtrædelse af straffelovens § 266b (»racismeparagraffen«).<sup>28</sup>

Denne udvidede materielle ytringsfrihed får naturligvis kun relevans i de situationer, hvor den ytrende politiker ikke allerede er beskyttet af grundlovens § 57, 2. pkt. Dvs. i situationer, hvor den pågældende politiker enten slet ikke er medlem af Folketinget,<sup>29</sup> eller hvor der er tale om et folketingsmedlem, som udtaler sig uden for Folketinget i en anden politisk sammenhæng, f.eks. i forbindelse med vælgermøder, tv-debatter, læserbrevsvirk-somhed mv.

Også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 tildeler efter fast retspraksis politikere en privilegeret status, når det handler om ytringsfrihed.<sup>30</sup> Ikke blot er det fastslået i retspraksis fra EMD, at ytringer om emner af samfundsmæssig interesse, der indgår i en offentlig debat, nyder en stærk beskyttelse mod indgreb, jf. f.eks. *Wingrove v. United Kingdom* (1996) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria* (2002). Når afsenderen er politiker, og ytringen fremkommer som led i en politisk debat, er den endnu mere beskyttelsesværdig.<sup>31</sup>

Alt i alt må det konkluderes, at både den danske grundlovsbestemmelse i § 57, 2. pkt., og dansk rets udvidede materielle ytringsfrihed for politikere i øvrigt kombineret med EMRK artikel 10 som fortolket ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis tildeler politikere en yderst privilegeret stilling i sager om ytringer, der fremkommer som led i en politisk debat.

## 7. Ytringsfriheden eller domstolenes uafhængighed?

Spørgsmålet er nu, hvad der vejer tungest: Domstolenes uafhængighed eller politikernes ytringsfrihed. Det er naturligvis umuligt at give et enkelt svar på dette komplekse spørgsmål, men lad mig ikke desto mindre introducere nogle få generelle betragtninger om spændingsfeltet og den juridiske klassificering.

Det kan siges at tale for en fortrinsstilling for domstolenes uafhængighed, at princippet må anses for at være en af retsstatens grundpiller. Uden denne

<sup>28</sup> Jf. f.eks. UFR 2003.2435 V.

<sup>29</sup> F.eks. byråds- og regionspolitikere, ministre som ikke samtidigt er folketingsmedlemmer og formentlig også efter omstændighederne folketingskandidater mv.

<sup>30</sup> Jf. f.eks. Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>nd</sup> edition, 2009, s. 455 ff.

<sup>31</sup> Jf. f.eks. *Castells v. Spain* (1992), *Piermont v. France* (1995) og *Jerusalem v. Austria* (2001).

uafhængighed, ingen demokratisk retsstat. I tråd hermed kan peges på, at EMRK art. 6 – i modsætning til de fleste andre bestemmelser i konventionen – er en absolut rettighed, hvilket betyder, at der som udgangspunkt ikke – under nogen omstændigheder – kan gøres indgreb i den. Disse forhold taler for, at hensynet til domstolenes uafhængighed bør have afgørende vægt i afgørelsen af, hvorvidt politikere må udtale sig om verserende retssager.

På den anden side er der også forhold, der taler for at tillægge hensynet til politikernes ytringsfrihed en særstilling. For det første kan fremhæves det forhold, at ytringsfriheden som en af de politiske frihedsrettigheder normalt betragtes som en af de mest centrale menneskerettighedsbestemmelser, fordi den jo ikke kun har værdi i sig selv, men kan siges at være forudsætningen for, at demokratiet overhovedet kan eksistere i kraft af en åben politisk debat mellem forskellige synspunkter.

Når dertil lægges, at der ikke i denne sag »kun« er tale om ytringsfriheden for en gennemsnitlig borger, men om parlamentsmedlemmernes ytringsfrihed, kan man tale om en demokratisk værdi i anden potens.

Der er således vægtige grunde for, at såvel domstolenes uafhængighed som – i hvert fald visse – politikeres ytringsfrihed skal betragtes som afgørende retlige værdier i den foreliggende analyse.

## 8. Dommen *Butkevicius v. Lituanien*

Når det retlige materiale ikke indtil nu har givet nogle klare svar på problemstillingen, kan det være relevant at vende sig mod retspraksis for at se, om der kan være relevante pejlemærker at hente her. Danske domstole har ikke på nogen måde taget direkte stilling til en problemstilling som den foreliggende, og heller ikke praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan præsentere oplagte domme. Ikke desto mindre har jeg fundet en interessant sag, som måske kan være til inspiration ved løsningen af det prekære dilemma, nemlig en dom fra 2002; *Butkevicius v. Lituanien*.

Sagen handler om en litauisk parlamentariker og forsvarsminister (*Butkevicius*), som blev antruffet af politi og efterretningsvæsen i en hotelloobby, mens han tilsyneladende modtog en kuvert med 15.000 USD fra en højtstående chef i et kontroversielt oliefirma. Oliefirmaet havde forinden orienteret efterretningstjenesten om, at *Butkevicius* havde krævet 300.000 USD for at bistå med at forhindre en straffesag mod oliefirmaet.

Det litauiske parlament (*Seimas*) blev involveret i sagen, idet man først skulle give samtykke til, at der kunne rejses tiltale mod *Butkevicius*, og senere til, at han kunne varetægtsfængsles.<sup>32</sup> Det interessante i relation til vores problemstilling er imidlertid det faktum, at formanden for det litauiske

<sup>32</sup> Formentlig nogle krav, der følger af den litauiske forfatning (jf. den tilsvarende bestemmelse i grundlovens § 57, 1. pkt.), men det fremgår ikke af sagen.



parlament fremkom med nogle rimelig markante udtalelser til pressen om den forestående straffesag mod Butkevicius.

I en artikel i et litauisk dagblad blev trykt en artikel med overskriften »The Chairman of the Seimas does not doubt A. Butkevicius's guilt«, der blandt andet indeholdt følgende passage:

»When asked whether or not he doubts that A. Butkevicius accepted a bribe, the chairman of the Seimas said: »on the basis of the material in my possession I entertain no doubt«.«<sup>33</sup>

I en artikel i samme dagblad nogle dage senere blev parlamentsformanden igen citeret i en artikel i samme dagblad med overskriften »A. Butkevicius will be prosecuted«:

»One or two facts were and are convincing. (The applicant) took the money while promising criminal services.«<sup>34</sup>

På denne baggrund påstod Butkevicius ved anlæggelse af sag ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at udtalelserne fra blandt andet parlamentsformanden var et brud på EMRK art. 6, stk. 2, hvorefter enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil det modsatte er bevist.

Den litauiske regering argumenterede ved menneskerettighedsdomstolen for, at der burde tages hensyn til de omstændigheder og den kontekst, de kontroversielle udtalelser indgik i, som f.eks. at Butkevicius var blevet taget på fersk geming og den bevisvægt, der måtte kræves for at ophæve parlamentsmedlemmers immunitet for at indlede en straffesag. De pågældende udtalelser var således snarere et forsøg på at forklare over for offentligheden nødvendigheden af en straffesag end et forsøg på at erklære ham skyldig i en forbrydelse.<sup>35</sup>

Ikke desto mindre konkluderede EMD, at der på baggrund af parlamentsformandens udtalelser var sket et brud på konventionen:

»While the impugned remarks of the Chairman of the Seimas were in each case brief and made on separate occasions, in the Court's opinion they amounted to declarations by a public official of the applicant's guilt, which served to encourage the public to believe him guilty and prejudged the assessment of the facts by the competent judicial authority. There has therefore been a breach of Article 6 § 2 of the Convention.«<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Jf. *Butkevicius v Lithuania* (2002), sect. 27.

<sup>34</sup> *Op.cit.*, sect. 29.

<sup>35</sup> *Op.cit.*, sect. 47.

<sup>36</sup> *Op.cit.*, sect. 53-54.

Denne konklusion nåede domstolene frem til, selv om den anerkendte, at udtalelserne ikke havde fundet sted i umiddelbar sammenhæng med domstolsprocessen. Man anerkendte også, at de litauiske myndigheder – heriblandt parlamentsformanden – kunne siges at have en interesse i og forpligtelse til at holde offentligheden informeret, fordi sagen handlede om en vigtig politisk figur på tidspunktet for forseelsen.<sup>37</sup>

Når man ikke desto mindre nåede frem til en domfældelse, var det blandt andet ud fra det indledende udgangspunkt, at det strider imod uskyldsformodningen i art. 6, stk. 2, hvis en udtalelse af en repræsentant for det offentlige vedrørende en person anklaget for en forbrydelse afspejler den opfattelse, at han er skyldig, før det er juridisk bevist. Dette gælder, blot udtalelsen giver offentligheden en rimelig grund til at antage, at den pågældende betragter den anklagede som skyldig. Desuden understregede EMD, at uskyldsformodningen ikke kun kan krænkes af en dommer eller domstol, men også af andre offentlige institutioner.<sup>38</sup>

Når Butkevicius-sagen for mig at se kan være interessant i forhold til problemstillingen vedrørende danske politikeres kommentarer til verserende retssager, er det fordi, den vedrører en fremtrædende litauisk politikers udtalelser, der vurderes som værende i modstrid med EMRK art. 6 om fair trial. Det kan i den forbindelse bemærkes, at EMD *ikke* inddrager hensynet til ytringsfriheden i sin vurdering af sagen. Selv om parlamentsformanden har en saglig grund til at udtale sig til pressen om den forestående straffesag (parlamentet har givet samtykke til at ophæve parlamentsmedlemmets immunitet), vejer hensynet til uskyldsformodningen og garantien for en fair trial tungest.

Det er også interessant, at sagen ikke kun problematiserer udtalelser fra regeringsrepræsentanter, men også fra et fremtrædende parlamentsmedlem.

På denne vis er dommen et godt billede på den generelt store betydning, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis har tildelt principperne om fair trial og domstolenes uafhængighed i konventionens art. 6.

På den anden side er der også aspekter ved Butkevicius-sagen, som gør den mindre egnet som sammenligningsgrundlag i forhold til retsstillingen vedrørende politikeres kommentarer til verserende retssager. For det første må det som et helt centralt aspekt nævnes, at udtalelserne fra den litauiske parlamentsformand vedrørte skyldsspørgsmålet, og at uskyldsformodningen er udtrykkeligt reguleret i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Havde parlamentsformanden forholdt sig til straffens længde havde der således næppe været statueret konventionsbrud.

<sup>37</sup> Op.cit., sect. 50.

<sup>38</sup> Op.cit., sect. 49.

For det andet falder udtalelsen på et tidspunkt, hvor der slet ikke er indledt en retssag, og hvor det derfor kan være mere problematisk at forholde sig til de retlige spørgsmål, end hvis der allerede var faldet en dom i for eksempel 1. instans. Sidst, men ikke mindst, indgår de kontroversielle udtalelse så vidt ses ikke i en politisk debat af samfundsmæssig interesse. Det er en enkeltstående kommentar, hvis offentlige interesse primært består i, at udtalelsen vedrører en fremtrædende politiker, der formentlig har begået noget alvorligt. Den knytter sig således ikke – som i mange af de danske sager – til en generel debat om f.eks. forskellige handlingers strafværdighed, straffenes længde m.m.

Blandt andet på denne baggrund antager jeg ikke, at sagen kan bruges som generel præcedens for, hvordan danske politikeres kommentarer til verserende retssager ville blive bedømt i en menneskeretlig kontekst. Imidlertid kan nogle af sagens aspekter anvendes, når jeg i det følgende vil forsøge at opstille nogle pejlemærker for, hvornår politikernes udtalelser om verserende retssager er problematiske.

## 9. Potentielle pejlemærker

Hovedhensynet bag reglerne om domstolenes uafhængighed og den centrale bestemmelse i grundlovens § 64 er at sikre dommerne mod utilbørligt pres fra de politiske magthavere, og det forekommer derfor oplagt at lægge vægt på, hvilken type politiker der er tale om, og hvor centralt placeret hun er. Set i lyset af, at ministrene er indehavere af den udøvende magt og i den forbindelse har nogle særlige muligheder for magt og indflydelse, er det naturligvis oplagt, at der for ministrene – og i særlig grad statsministeren og justitsministeren – må gælde de snævrere rammer, når det drejer sig om kommentarer til verserende retssager. Regeringen er den primære initiativtager til ny lovgivning og kan også herigennem påvirke domstolenes arbejdsforhold og retsgrundlag i øvrigt. Også i offentligheden må man gå ud fra, at det i større omfang kan skabe tvivl om domstolenes uafhængighed,<sup>39</sup>, hvis der kommer markante signaler om udfaldet af konkrete sager fra et af regeringsmedlemmerne.

I tråd med den altovervejende del af nyere forfatningsretlig teori må det imidlertid også anses for problematisk, hvis Folketinget eller visse folketingsmedlemmer udtaler sig på en måde om en konkret verserende retssag, at det kan opfattes som et utilbørligt pres. Men i lyset af principperne om folketingsmedlemmers udvidede ytringsfrihed og den betydning, som den politiske debat tillægges i retspraksis fra såvel danske domstole som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, vil begrænsningerne kun gælde for meget centralt placerede politikere. Det vil således kun være politikere, der i kraft af deres særlige position har mulighed for at lægge et pres på

<sup>39</sup> Jf. det førømtalte princip om »appearance of independence« i EMRK art. 6.

domstolene, der kan ækvivalere et pres fra en minister. Hvilket i realiteten kun vil være tilfældet for ganske få politikere, som ikke er ministre, for eksempel for Folketingets formand eller formanden for Folketingets Retsudvalg, Finansudvalget eller et lignende helt centralt placeret organ.

Et andet helt centralt pejlemærke er efter min opfattelse, hvorvidt den konkrete udtalelse er et led i en generel politisk debat, eller om den er en mere isoleret kommentar til udfaldet af den konkrete retssag. Hvis der allerede inden dommens afsigelse pågår en debat om f.eks. straffniveauet i netop den type af sager, og man så anvender den konkrete sag som et eksempel, argument eller på anden måde afsæt i denne politiske debat, vil man have videre grænser for at udtale sig. Dette gælder for så vidt alle politikere – både ministre og folketingsmedlemmer – ud fra det ræsonnement, at hensynet til politikernes særlige ytringsfrihed i et demokratisk samfund bør veje tungt.

Dette hensyn gør sig ikke med samme vægt gældende, hvis ministeren eller folketingsmedlemmet blot anvender den konkrete sag som en anledning til at tilkendegive, om vedkommende er enig eller ej i dommens konkrete udfald, eller udtalelsen ikke i øvrigt kan knyttes til en aktuel og generel politisk debat. Dette synspunkt kan blandt andet siges at underbygges af det faktum, at grundlovens § 57, 2. pkt. kun beskytter udtalelser, der fremkommer som led i Folketingets konkrete arbejde, ligesom også den generelle praksis fra EMD vedrørende art. 10 lægger stor vægt på, om ytringen sker som led i samfundsdebatten og vedrører emner af offentlig interesse.

Et tredje og sidste afgørende pejlemærke er efter min opfattelse, hvorvidt udtalelsen berører skyldsspørgsmålet i en straffesag, eller om den f.eks. kun handler om straffens længde eller lignende. Særligt sagen *Buzkevicius v. Lituanien* er et vidnesbyrd om, at der udvises en meget begrænset tolerance, når det handler om udtalelser, der på nogen måde kan skabe tvivl om, hvorvidt en tiltalt ikke får en fair rettergang, fordi der kan være forudindtagne holdninger om skyldsspørgsmålet. Parlamentsformandens udtalelser var således i modstrid med EMRK art. 6, selv om han for så vidt havde en saglig anledning til at forholde sig til den konkrete sag.

Politikere – særligt de centralt placerede – skal således være ekstra forsigtige med at udtale sig på en måde, der kan opfattes som en definitiv holdning til skyldsspørgsmålet i en straffesag. Dette gælder særligt, hvis sagen kun er i en indledende fase og slet ikke er blevet bedømt endnu i domstols-systemet. Mindre problematisk er det formentlig, hvis retten i 1. instans har erklæret en tiltalt skyldig, hvorefter sagen ankes til en højere instans. I en sådan situation kan man nemmere acceptere, at en politiker forudsætter, at den dømte er skyldig, når og hvis hun kommenterer sagen.

På baggrund af disse bemærkninger kan de vigtigste pejlemærker opsummeres ved hjælp af følgende skema med den vigtige tilføjelse, at der

skal udvises særlig agtpågivenhed ved udtalelser, der berører skyldsspørgsmålet i en straffesag.

	Central politiker f.eks. minister	Perifer politiker f.eks. menig MF
Isoleret kommentar til dommen		<b>Gråzone</b>
Led i generel debat	<b>Gråzone</b>	Uproblematisk

Skemaet er selvfølgelig et stærkt forsimplet billede af mine konklusioner vedrørende de retlige rammer for politikeres kommentarer til verserende retssager og skal selvfølgelig tages med det forbehold. Jeg håber ikke desto mindre, at det sammen med den ovenstående analyse kan tjene som en bedre rettesnor for politikerne end de hidtidige sporadiske bemærkninger i teorien.

# Sundhedspersoners oplysningspligt og forbud mod selvinkriminering

af

*Kent Kristensen*

## **Resumé**

Sundhedspersoner har efter klage- og erstatningsloven pligt til at meddele Patientombuddet enhver oplysning til brug for Patientombuddets behandling af sagen. Pligten til at medvirke i sagens oplysning er fulgt op af en straffebestemmelse, hvorefter undladelse af at efterkomme en anmodning om oplysninger kan straffes med bøde. I artiklen diskuteres kravene til Patientombuddets sagsoplysning og om den beskyttelse, der kommer til udtryk i menneskerettighedskonventionens artikel 6 om forbuddet mod selvinkriminering, skal tillægges betydning i fortolkningen af sundhedspersoners pligt til at medvirke til sagsoplysningen.

## **1. Problemstillingen**

Forbuddet mod selvinkriminering indebærer, at en myndighed ikke lovligt kan gennemtvinge en oplysningspligt over for personer, der er anklaget for et strafbart forhold. Forbuddet er i et vist omfang lovfæstet i dansk ret. I retsplejelovens § 752, stk. 1 om politiets afhøring, har en sigtet eller tiltalt således ikke har pligt til at udtale sig om det eller de forhold, som sigtelsen eller tiltalen omfatter. Uden for strafferetsplejen er forbuddet mod selvinkriminering fastsat i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1, hvorefter regler om pligt til at meddele oplysninger til myndigheder ikke finder anvendelse for personer, der er mistænkt for et strafbart forhold, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, har betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse. Retssikkerhedslovens § 10 skal ses i sammenhæng med den praksis, der har udviklet sig omkring Menneskerettighedskonventionens artikel 6, stk.1. Menneskerettighedsdomstolen har i en række domme fortolket konventionens artikel 6 til også at omfatte administrative myndigheders indhentning af oplysninger. Der opstår i den situation en særlig retlig problemstilling om en forvaltningsmyndigheds ad-

gang til under trusler om straf at fremtvinge oplysninger, der senere kan indgå som beviser i en straffesag.

I artiklen undersøges de krav, der gælder til myndigheders indhentning af oplysninger i klager over sundhedspersoners faglige virksomhed, og hvor langt oplysningspligten rækker i den situation, hvor det ikke samtidig kan udelukkes, at oplysninger indgår som bevis i en efterfølgende straffesag. Problemstillingen kompliceres af, at der ikke gælder nogen undtagelser fra retten til ikke at udtale sig i sager om strafbare forhold. En myndighed er herefter udelukket fra at gennemtvinge en oplysningspligt, uanset om sundhedspersonen udgør en risiko for patientsikkerheden.

## 2. Klager over sundhedsfaglig virksomhed

Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn træffer afgørelse i klager over sundhedspersoners faglig virksomhed, der udøves af personer inden for sundhedsvæsenet.

Kravene til sundhedspersoners faglige virksomhed er reguleret i autorisationslovens § 17, stk. 1, hvorefter sundhedspersoner, der er autoriserede, har pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed.<sup>1</sup>

Sundhedspersoners faglige virksomhed omfatter den virksomhed, sundhedspersonen udøver i sin egenskab af sundhedsperson, og som forudsætter en sundhedspersons faglige kvalifikationer. Sundhedspersoners virksomhedsområde knytter sig først og fremmest til den patientrelaterede behandling og pleje. Virksomhedsområdet skal fortolkes bredt og omfatter handlinger, der har naturlig tilknytning til og sammenhæng med den patientrelaterede behandling. Det gælder råd og vejledning til andre sundhedspersoner og administrative opgaver, som ikke direkte vedrører patientbehandling, men som har en naturlig tilknytning til behandlingen.<sup>2</sup> Fx omfatter sygeplejerskers virksomhedsområde i bemærkningerne til autorisationsloven udover behandlende og plejende opgaver endvidere: vurdering, planlægning, udførelse, dokumentation og evaluering af sygeplejen, planlægnings- og koordineringsopgaver i relation til afvikling af undersøgelses- og behandlingsprogrammer, kvalitetsudvikling og kvalitetssikring af den faglige indsats, samt generel udvikling af faget.<sup>3</sup> Den brede beskrivelse af virksomhedsområdet indebærer, at udarbejdelse af kliniske instrukser vedrørende patientbehandlingen, stillings- og funktionsbeskrivelse for det sundhedsfag-

<sup>1</sup> Lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed.

<sup>2</sup> Højesteret udtalte i U 1999.1843 H, at lægers faglige virksomhed måtte antages at omfatte ikke alene patientbehandlingen, men også udfærdigelsen af lægeerklæringer, indhentelse af patientsamtykke, stillingtagen til begæring om aktindsigt, videregivelse af helbredsoplysninger m.v.

<sup>3</sup> FT 2005-06, tillæg A, bemærkningerne til § 54.

lige personale og retningslinjer for tilrettelæggelsen af patientforløb er en del af sundhedspersonens faglige virksomhed og omfattet af disciplinærnævnets kompetence. Sundhedspersoner ansat i stillinger, der forudsætter en sundhedspersons faglige kvalifikationer, men som er uden behandlingsmæssig tilknytning, anses derimod ikke for omfattet af autorisationsansvaret. Det gælder eksempelvis de sagsfremstillinger, lægen udarbejder som konsulent for de kommunale myndigheder.<sup>4</sup>

Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn er begrænset til at udtale kritik af den enkelte sundhedsperson. Sundhedsstyrelsen bliver underrettet om Disciplinærnævnets afgørelser og er i lovgivningen beføjet til at iværksætte sanktioner over for de sundhedspersoner, der tilsidesætter de faglige pligter, der gælder for professionen.

Sundhedsstyrelsen kan efter sundhedslovens § 215, stk. 2 beslutte at iværksætte skærpet tilsyn. Reglerne om skærpet tilsyn giver mulighed for administrativt at pålægge sundhedspersonen at indsende patientjournaler, at foretage kontrolbesøg eller at afkræve sundhedspersonen en redegørelse vedrørende faglige forhold. Derudover er Sundhedsstyrelsen i autorisationsloven tillagt en række administrative beføjelser. Autorisationslovens § 8, stk. 1 giver således styrelsen hjemmel til midlertidigt at fratage sundhedspersonen autorisationen i tilfælde af overhængende fare, og efter stk. 2 midlertidigt at indskrænke sundhedspersonens ret til virksomhedsudøvelse på mistanke om, at sundhedspersonen er til fare for patientsikkerheden. Bestemmelserne sigter på hurtigt og tidligt at kunne forebygge, at patienter udsættes for risici. Det er derfor ikke et krav, Disciplinærnævnet eller domstolene forinden har fastslået, at sundhedspersonen har handlet uagtsomhed. Sundhedsstyrelsens afgørelse er endelig og skal i modsætning til tidligere ikke indbringes for Sundhedsministeren.<sup>5</sup> Sundhedsstyrelsens beslutning om midlertidigt at fratage eller indskrænke retten til virksomhedsudøvelse bortfalder senest 2 år efter, styrelsen har truffet afgørelse, medmindre Sundhedsstyrelsen forinden har anlagt sag ved domstolen, jf. autorisationslovens § 9, stk. 1. Beslutning om varigt at ændre i autorisationsansvaret kan således kun ske ved domstolsafgørelse.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Disciplinærnævnet er ikke begrænset til at træffe afgørelse i sager om autoriserede sundhedspersoner. Persongrupper som ikke er autoriserede, men som tager del i den behandling, der udøves inden for sundhedsvæsenet er også omfattet. Hvilke faggrupper, der er omfattet af disciplinærnævnets kompetence, er opregnet i bekendtgørelse om bekendtgørelse nr. 1448 af 15. december 2010 om ikke-autoriserede persongrupper inden for sundhedsvæsenet, der er omfattet af Sundhedsvæsenets Disciplinærnævns virksomhed.

<sup>5</sup> Lov nr. 706 af 25. juni 2010, § 8, stk. 1 og 4.

<sup>6</sup> Kristensen, K: Sundhedsjura, 2011, s. 285-293; Madsen, HB: Sundhedsret, 2010, s. 71-78.



### 3. Sundhedspersoners oplysningspligt

Reglerne om sundhedspersoners oplysningspligt findes spredt i lovgivningen. Autoriserede sundhedspersoner er efter autorisationslovens § 26, stk. 2 forpligtede til på begæring af tilsynsmyndighederne at »afgive alle oplysninger, der er nødvendige for gennemførelse af tilsynet«. Pligten til at medvirke til sagens oplysning er fulgt op af en straffebestemmelse, hvorefter undladelse af at efterkomme en anmodning om oplysninger kan straffes med bøde, jf. autorisationslovens § 82. Derudover er der i klage- og erstatningsloven regler om sundhedspersoners oplysningspligt. Det er således i § 12, stk. 2, fastsat, at personer og myndigheder, der er involveret i en klagesag, »skal efter anmodning meddele Patientombuddet enhver oplysning, herunder journaloplysninger, til brug for Patientombuddets behandling af sagen«.

Oplysningspligten i klage- og erstatningslovens § 12 har til formål at sikre adgang til de oplysninger, der er nødvendige for at kunne behandle sagen. Bestemmelsen retter sig mod den enkelte sundhedsperson, og med formuleringen »myndigheden« udstrækkes oplysningspligten til også at omfatte Regionsrådet, sygehusledelsen og andre underordnede instanser.

Oplysningspligten omfatter enhver oplysning, som har betydning for behandlingen af klager over sundhedspersoners faglige virksomhed. Det følger af udtrykket »enhver«, at oplysningspligten ikke er begrænset til udlevering af journalmateriale, men fx også omfatter oplysninger om baggrunden for beslutning om behandling og oplysninger om afdelingens rutiner, og uanset om oplysningerne foreligger som selvstændige dokumenter, foreløbige udkast, interne dokumenter eller som elektroniske filer. Det afgørende er, om de pågældende oplysninger må antages »at være af betydning for sagen«.<sup>7</sup> Det er således forudsat, at indsamlingen af oplysninger beror på en konkret vurdering. Det er i praksis antaget, at oplysningspligten også omfatter en pligt til at udarbejde skriftlige redegørelser.

Pligten til at medvirke til sagens oplysning er i klage- og erstatningslovens § 61 fulgt op af en straffebestemmelse svarende til autorisationslovens § 82, hvorefter sundhedspersoner, der undlader at efterkomme en anmodning om oplysninger, kan straffes med bøde.

### 4. Patientombuddets sagsoplysning

Patientombuddet varetager efter klage- og erstatningsloven sekretariatsfunktionen for Disciplinærnævnet. Det indebærer, at det er Patientombuddet, som indsamler oplysninger til brug for sagens afgørelse, foretager partshøring og udarbejder forslag til afgørelse.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> FT 1992-93 tillæg A sp. 7775.

<sup>8</sup> Klager over sundhedspersoners faglige virksomhed, der hidtil er blevet behandlet af Sundhedsvæsenets Patientklagenævn, afgøres jf. § 2 i lov nr. 706 af 25. juni 2010 efter 1. januar 2011 af Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn.

Det er i Patientombuddets vejledning om sagsgangen i patientklagesager anført, at det er Patientombuddets og regionernes opgave at indhente de oplysninger, der kan belyse de enkelte punkter i klagen. Patientombuddet har indgået aftale med de enkelte regioner, om ombuddet skal rette henvendelse til regionen eller de enkelte sygehusledelser i forbindelse med indsamlingen af oplysninger. Indsamlingen af oplysninger sker i praksis ved, at Patientombuddet med den citerede formulering anmoder regionen eller sygehusledelsen om, at: »fremsende kopi af relevant journalmateriale« og »en personlig udtalelse fra de sundhedspersoner, som har deltaget i det patientforløb, der klages over«. Patientombuddet overlader i brevet til ansættelsesmyndigheden at udpege de sundhedspersoner, der skal afgive udtalelse, og at indsamle og sende udtalelserne samlet til Patientombuddet. Det er i brevet anført, at det også gælder de sundhedspersoner, der ikke længere er ansat. Det er videre anført, at sundhedspersonen i udtalelsen skal tage udgangspunkt i det, som er anført i klagen.

#### **4.1. Ansættelsesmyndighedens medvirken**

Oplysningspligten i klage- og erstatningslovens § 12, stk. 2 gælder de oplysninger, Patientombuddet anmoder om. Det indebærer ikke, Patientombuddet skal indsamle enhver oplysning. Patientombuddet kan anmode sundhedspersonen eller myndigheden om at indhente de oplysninger, der er nødvendige for, at Disciplinærnævnet kan træffe afgørelse i sagen. Spørgsmålet er imidlertid, om oplysningspligten efter § 12, stk. 2, giver Patientombuddet hjemmel til at anmode ansættelsesmyndigheden vurdere, hvem der skal afgive skriftlig udtalelse i sagen og herefter på Patientombuddets vegne at indhente udtalelserne?

Det er et grundlæggende retsprincip, at det er den myndighed, der træffer afgørelse i sagen, som har ansvar for, at sagen er korrekt og tilstrækkeligt oplyst.<sup>9</sup> Pligten til at undersøge sagen omfatter den enkelte sags retlige og faktiske grundlag, og er der tvivl om holdbarheden af de indsamlede oplysninger, hører det med til sagsoplysningen at søge tvivlen afklaret. Korrekt sagsoplysning er garanti for, at den afgørelse, der træffes i sagen, er en både lovlig og rigtig afgørelse. Patientombuddets indsamling af oplysninger skal være konkret og sagligt begrundet. Ethvert sagsskridt forudsætter en konkret og saglig begrundet vurdering. Det følger af de almindelige forvaltningsretlige regler, reglerne om indsamling af oplysninger i forvaltningsloven § 32, persondatalovens § 5 om god databehandlingsskik og oplysningspligten i klage- og erstatningsloven § 12, stk. 2. Indsamlingen af oplysnin-

<sup>9</sup> Garde, J, Nørgaard, CA, og Revsbech, K: Forvaltningsret - sagsbehandling, 2009, p. 161; Andersen, J: Forvaltningsret, 2010, p. 56; Bønsing, S: Almindelig forvaltningsret, 2009, p. 104.

ger må ikke gå videre end det, der er nødvendigt, og navnlig skal oplysningerne være sagligt begrundet i forhold til formålet.<sup>10</sup> En myndighed må således ikke indsamle oplysninger, som der ikke aktuelt er behov for, men som de tror, der måske senere kan vise sig at blive behov for.<sup>11</sup> Der er således i lovgivningen et krav om, at der konkret er taget stilling til behovet for oplysninger. Patientombuddet skal dermed konkret tage stilling til behovet for at indhente en udtalelse fra de sundhedspersoner, der har deltaget i behandlingen.

Hvilke personer, der skal afgive udtalelse, beror på det forhold, der er klaget over. Patientombuddet kan derfor ikke i samme »postgang« indhente journaloptegnelser m.v. og udtalelse fra alle involverede sundhedspersoner. Det gælder uanset, om ombuddet efterfølgende vurderer den betydning, de enkelte udtalelser skal tillægges i den konkrete sag. Patientombuddet kan ikke uden overvejelser om, hvilke oplysninger der kan anses for nødvendige, anmode enkeltpersoner om at afgive udtalelse i sagen.<sup>12</sup> Patientombuddet kan samtidig ikke overlade til ansættelsesmyndigheden, dvs. enten sygehusledelsen eller den ledende overlæge på afdelingen at vurdere, hvem der er så tilstrækkeligt involveret i klagesagen, at de bør afgive udtalelse. Beslutningen om at indhente oplysninger i form af udtalelser beror ikke kun på patientens klage, men også på en vurdering af den rolle, de enkelte sundhedspersoner har haft i behandlingen af patienten og af det samlede behov for yderligere oplysninger i sagen. Det er derfor ikke nødvendigvis kun de navngivne sundhedspersoner, der er klaget over, som kan bidrage til sagens oplysning, ligesom det ikke nødvendigvis er alle de sundhedspersoner, der har deltaget i behandlingen af patienten, som skal afgive udtalelse. Beslutningen om, hvem der skal afgive udtalelse, forudsætter et kendskab til sagen, som kun Patientombuddet har, og kan derfor ikke overlades til sygehusledelsen eller den ledende overlæge.

Dertil kommer, at Patientombuddet ikke lovligt kan overlade indsamlingen af udtalelser til ansættelsesmyndigheden. Ansættelsesmyndigheden er udelukket fra partsaktindsigt efter forvaltningslovens regler. Partsbegrebet er i forvaltningslovens § 19, stk. 1 begrænset til den, der har en væsentlig individuel interesse i sagen.<sup>13</sup> Uanset den ledende overlæge som repræsen-

<sup>10</sup> Garde, J, Nørgaard, CA, og Revsbech, K: Forvaltningsret - sagsbehandling, 2009, s. 174-180 og p. 189 om forholdet mellem oplysningspligten og persondatalovens krav til behandling af personoplysninger og forvaltningslovens regler om indsamling af oplysninger.

<sup>11</sup> Nielsen, KK og Waaben, H: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, 2008, p. 147.

<sup>12</sup> Garde, J, Nørgaard, CA, og Revsbech, K: Forvaltningsret - sagsbehandling, 2009, s. 165.

<sup>13</sup> Forvaltningslovens partsbegreb er nærmere beskrevet i Vogter, J: Forvaltningsloven med kommentarer, 1999, s. 257-260; Gammeltoft-Hansen, H: Forvaltningsret, 2002, s. 61-81; Garde, J, Nørgaard, CA, og Revsbech, K: Forvaltningsret - sagsbehandling, 2009, s. 210-

tant for ansættelsesmyndigheden har det overordnede personaleansvar, er kravet om at være individuelt berørt af sagens afgørelse ikke opfyldt.<sup>14</sup> Det er derfor ikke foreneligt med tavshedspligtsbestemmelserne at tilrettelægge indsamlingen af oplysninger på en måde, som giver ansættelsesmyndigheden indsigt i oplysninger, de ikke har ret til aktindsigt i. Derudover er det ikke i overensstemmelse med god sagsbehandlingsskik at overlade til ansættelsesmyndigheden at beslutte, hvem der skal afgive udtalelse, når det ikke på forhånd kan udelukkes, at enten sygehusledelsen eller den ledende overlæge har interesser i sagen.

## 5. Retten til ikke at udtale sig

Der gælder i strafferetten et forbud mod at gennemtvinge oplysninger mod den anklagedes vilje. Der er således i retsplejelovens regler om strafferetsplejen fastsat, at en sigtet eller tiltalt ikke har pligt til at udtale sig om forhold, sigtelsen eller tiltalen vedrører.<sup>15</sup> Uden for strafferetten er forbuddet mod selvinkriminering navnlig udviklet af Menneskerettighedsdomstolen. Det er i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1 fastsat, at enhver har ret til en retfærdig rettergang. Det gælder sager, hvor der skal »træffes afgørelse enten i en strid om borgerlige rettigheder og forpligtelser eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse«. Konventionen indeholder ikke en udtrykkelig ret for anklagede personer til ikke at udtale sig. Konventionens artikel 6, stk. 1, er imidlertid af Menneskerettighedsdomstolen fortolket som et forbud mod at anvende strafsanktionerede oplysningspligter for at tvinge personer til at medvirke til sagsoplysningen mod deres vilje.<sup>16</sup> Retten til ikke at inkriminere sig selv omhandler respekten for anklagedes ønske om ikke at udtale sig. Det er dermed den anklagedes ret til ikke at udtale sig mod sin vilje, der er beskyttet af forbuddet. Indhentning af oplysninger i form af mundtlige og skriftlige udtalelser er dermed omfattet. Det gælder derimod ikke oplysninger, der eksisterer uafhængigt af den anklagedes vilje. Det er af menneskerettighedsdomstolen fortolket sådan, at allerede eksisterende dokumenter, blodprøver og urinprø-

---

218; Andersen, J: Forvaltningsret, 2010, s. 33-34. Bønsing, S: Almindelig forvaltningsret, 2009, s. 76-83.

<sup>14</sup> Den myndighed, der klages over, eller de medarbejdere, som har deltaget i sagsbehandlingen forud for den påklagede afgørelse, kan således ikke i almindelighed anses for parter i klagesagsbehandlingen, jf. Garde, J, Nørgaard, CA, og Revsbech, K: Forvaltningsret - sagsbehandling, 2009, p. 211.

<sup>15</sup> Det gælder retsplejelovens § 171, som undtager for vidnepligt, hvis forklaringen må antages at udsætte vidnet selv for straf eller tab af velfærd og § 752, stk. 1, om at en sigtet eller tiltalt ikke har pligt til at udtale sig i forbindelse med politiets afhøring om strafbare forhold.

<sup>16</sup> EMD 10828/84 *Funke v. Frankrig*, præmis 44.

ver ikke er omfattet, uanset de fremskaffes med brug af tvang.<sup>17</sup> Der skal efter konventionens artikel 6 sondres mellem sager om straffeforhold og civile sager.

### 5.1. Strafbare forhold

Menneskerettighedskonventionens artikel 6, er af Domstolen fortolket sådan, at en myndighed er udelukket fra at gennemtvinge oplysningspligten, når en person er anklaget for et strafferetligt forhold.

Udtrykket »anklaget« er et konventionsbegreb. Det er efter Domstolens praksis ikke en forudsætning, at der er rejst sigtelse, for at den anklagede har krav på den beskyttelse, der følger af konventionen (se fodnote 17). Udtrykket »anklaget« er af Domstolen fortolket som en officiel tilkendegivelse fra en kompetent myndighed med formodning om, at personen har begået et strafbart forhold.<sup>18</sup> Det indebærer, at offentlige myndigheder må afstå fra at benytte strafsanktionerede oplysningspligter i sager, hvor myndigheden har en begrundet formodning om, at der er begået et strafbart forhold, og hvor formodningen er så stærk, at der er grundlag for at rejse sigtelse.<sup>19</sup>

Den beskyttelse, der følger af konventionens artikel 6, er begrænset til sager, hvor der skal »træffes afgørelse« i anklager for en forbrydelse. Oplysning af sager, der alene sigter på at fastlægge det faktiske hændelsesforløb, anses derfor ikke for omfattet.<sup>20</sup> Konventionens artikel 6 gælder herefter ikke forhold, hvor personen alene er pålagt at afgive udtalelse som et led i myndighedens indledende undersøgelse af, om der foreligger et strafbart forhold. Domstolen lagde således i sagen *Saunders* til grund, at konventionens artikel 6 ikke fandt anvendelse på en forudgående undersøgelse, som havde til formål at fastlægge sagens faktiske forhold. I sagen *Allen* udtalte domstolen, at forbuddet mod selvinkriminering ikke kan fortolkes som en generel ret til immunitet alene begrundet i et ønske om at undgå myndighedernes undersøgelse.<sup>21</sup>

Det kan give anledning til tvivl, om Disciplinærnævnet er omfattet af konventionens artikel 6, idet nævnet ikke har hjemmel til at indlede strafforfølgning, men kan træffe beslutning om at overdrage sagen til anklagemyn-

<sup>17</sup> EMD 10828/84 *Funke v. Frankrig*, præmis 44; EMD 19187/91 *Saunders v. Storbritannien*, præmis 68-69.

<sup>18</sup> Kjølbro, JF: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 2010, s. 363; Ovey, C og White, R: The European Convention of Human rights, 2006, s. 162.

<sup>19</sup> Betænkning: Om retssikkerhedskommissionen, 2003, s. 169.

<sup>20</sup> Kjølbro, JF: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 2010, s. 345.

<sup>21</sup> EMD 76574/01 *Allen v. Storbritannien*, præmis 1: »However, the privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities«.

digheden med henblik på strafforfølging. Der er ikke på baggrund af rets- praksis belæg for at konkludere, at den myndighed, der i lovgivningen har hjemmel til at gennemtvinge oplysningspligten, også skal have kompetence til at indlede strafforfølging.<sup>22</sup> I sagen *Funke* skulle domstolen således tage stilling til, om det var en krænkelse af konventionens artikel 6 at idømme en bødestraf for ikke at imødekomme de franske toldmyndigheders påbud om at fremskaffe oplysninger om påståede lovovertrædelser. Domstolen fastslog, at det udgjorde en krænkelse af den ret, en person har til ikke at udtale sig og derved medvirke til at inkriminere sig selv.<sup>23</sup> I sagen *J.B.* hvor de Schweiziske skattemyndigheder overvejede, om der forelå en strafbar skatteunddragelse, fastslog Domstolen tilsvarende, at det udgjorde en krænkelse af konventionens artikel 6, at de Schweiziske skattemyndigheder under anvendelse af bøder havde forsøgt at fremtvinge oplysninger.<sup>24</sup> Det følger af Domstolens praksis, at administrative myndigheder efter omstændighederne også kan krænke forbuddet mod selvinkriminering. Menneskerettigheds- konventionens artikel 6 er dermed ikke begrænset til egentlige straffesager, og kan derfor i visse situationer udgøre en grænse for offentlige myndighe- ders mulighed for at gennemtvinge medvirken i oplysningen af en sag.

## 5.2. Frakendelse af rettigheder

Retten til ikke at inkriminere sig selv er efter Menneskerettighedsdomsto- lens praksis begrænset til anklager for strafbare forhold.<sup>25</sup> Domstolen har så- ledes i sagen *Vernon* fastslået, at forbuddet ikke gælder i sager, der ikke er straffesager.<sup>26</sup> Højesteret har i overensstemmelse hermed i U 2000.307 H om overtrædelse af reglerne om god advokatskik fastslået, at retten til ikke at udtale sig ikke gælder disciplinære sanktioner og frakendelse af rettighe- der.

Det har i flere sager givet anledning til tvivl, hvorvidt offentlige myndig- heders frakendelse af rettigheder til at praktisere et bestemt erhverv er be- skyttet af den halvdel af konventionens artikel 6, som omhandler civile ret- tigheder. Tvivlen beror navnlig på de situationer, hvor der tale om erhverv,

<sup>22</sup> Hasselgaard, O, Møller, J, og Sørensen, JS: Retsikkerhedsloven med kommentarer, 2005, s. 134.

<sup>23</sup> EMD 10828/84 *Funke v. Frankrig*, præmis 44.

<sup>24</sup> EMD 31827/96 *J.B. v. Schweiz*, præmis 71.

<sup>25</sup> Hasselgaard, O, Møller, J, og Sørensen, JS: Retsikkerhedsloven med kommentarer, 2005, s. 137.

<sup>26</sup> EMD 38753/97 *Vernon v. Storbritannien*, præmis 4 »insofar as the applicant appears to rely on a privilege against self-incrimination, the Court observes that no such separate protection exists in civil cases either in the domestic courts or under Article 6 § 1 of the Con- vention, the matter falling to be considered under the general aspect of fairness examined above.«

der praktiserer efter overenskomst med det offentlige, og hvor omfanget og indholdet af ydelser og finansieringen er fastlagt i overenskomsten.

Menneskerettighedsdomstolen har i flere afgørelser fastslået, at sager mellem private og offentlige myndigheder kan være omfattet.<sup>27</sup> I sagen *Ringelsen* fastslog Domstolen, at der skal være tale om tvister, hvor de *privatretlige aspekter* er dominerende, at der skal være tale om en *seriøs og reel tvist*, og udfaldet af sagen skal være *afgørende* for de omtvistede rettigheder.<sup>28</sup>

Beslutning om fratagelse af muligheden for at drive erhverv er af domstolen i flere sager anset for beskyttet af konventionens artikel 6 som en civil rettighed. I sagen *König* lægger domstolen til grund, at inddragelse af tilladelse til at drive en speciallægepraksis som øre- næse- halslæge er omfattet.<sup>29</sup> Det gælder uanset, at klinikken er underlagt offentligt tilsyn med henblik på at beskytte den offentlige sundhed.<sup>30</sup> Domstolen fastslog herefter, at en sagsbehandlingstid på næsten 11 år var en overtrædelse af konventionens artikel 6. I sagen *Kraska* fandt domstolen tilsvarende, at nægtelse af tilladelse til at drive privat lægepraksis er omfattet.<sup>31</sup> Domstolen fastslog i sagen, at det var i strid med konventionens artikel 6 om retfærdig rettergang, at dommerne ikke havde fået lejlighed til at se alle sagens dokumenter, inden der blev truffet afgørelse i sagen. Det er i sagerne uden betydning, at de private klinikker praktiserer efter overenskomst med det offentlige med fastsatte takster finansieret af sygesikringen.<sup>32</sup> Domstolen tillægger det derimod betydning, at der er tale om et kontraktlignende forhold indgået mellem den læge og patient uden offentlig indblanding.<sup>33</sup>

Sagerne *König* og *Kraska* omfatter inddragelse af retten til at drive klinik. I sagen *Le Compte, van Leuven og De Meyere* fastslog domstolen, at inddragelse af retten til at praktisere som enkeltperson også skal anses for omfattet.<sup>34</sup> Der skal efter Domstolens praksis være tale om en egentlig indskrænkning i private rettigheder. Disciplinærsager kan herefter i almindelighed ikke anses for omfattet af konventionen. Det indebærer, at faglige påbud om at ændre adfærd ikke er beskyttet af konventionens artikel 6,

<sup>27</sup> EMD 2614/65 *Ringelsen v. Østrig*, præmis 94.

<sup>28</sup> EMD 2614/65 *Ringelsen v. Østrig*, præmis 94.

<sup>29</sup> EMD 6232/73 *König v. Tyskland*.

<sup>30</sup> EMD 6232/73 *König v. Tyskland*, præmis 92.

<sup>31</sup> EMD *Kraska v. Schweiz*

<sup>32</sup> EMD 6232/73 *König v. Tyskland*, præmis 23. og 92-93

<sup>33</sup> EMD 6232/73 *König v. Tyskland*, præmis 92-93 og EMD 6878/75 *Le Compte, van Leuven og De Meyere*, præmis 48.

<sup>34</sup> EMD 6878/75 *Le Compte, van Leuven og De Meyere*; EMD 49636/99 *Chevrol v. Frankrig* at vurdering af eksamensbeviser og faglige kvalifikationer også er omfattet.

hvorimod fratagelse af autorisationen eller indskrænkninger i retten til virksomhedsudøvelse er omfattet.

Twisten skal være reel og seriøs. I *Le Compte, van Leuven og De Meyere* fastslog domstolen, at midlertidig inddragelse af retten til at praktisere i 6 uger var en tilstrækkelig seriøs og reel tvist omfattet af konventionens artikel 6.

Udfaldet af sagen skal være afgørende for de omtvistede rettigheder.<sup>35</sup> Bestemmelsen finder dermed også anvendelse i de situationer, hvor Sundhedsstyrelsen efter autorisationslovens § 8, stk. 1-2 træffer beslutning om midlertidigt at indskrænke eller midlertidigt at fratage autorisationen. Der ligger heri imidlertid også en grænse for, hvor løs og fjern forbindelsen mellem sagens udfald og de omtvistede rettigheder må være. Disciplinærnævnet har i lovgivningen ikke hjemmel til at træffe beslutning om at gribe ind i autorisationsansvaret. Uanset Disciplinærnævnes afgørelser kan give anledning til, at der efterfølgende rejses en tilsynssag, er nævnets afgørelse ikke afgørende for Sundhedsstyrelsens beslutning. Konventionens artikel 6 må derfor i denne sammenhæng antages ikke at finde anvendelse. Det gælder dog ikke i de tilfælde, hvor nævnet under trusler om straf indhenter oplysninger med henblik på bevis i en efterfølgende straffesag.

## 6. Konklusion

Den praksis, der er udviklet omkring menneskerettighedskonventionens artikel 6, indebærer, at det forbud mod selvinkriminering, der gælder i straffesager, overføres til også at omfatte administrative myndigheders indhentning af oplysninger i klage- og tilsynssager. Det kan give anledning til tvivl om tilsynsmyndighedernes adgang til at gennemtvinge en oplysningspligt i sager om formodede strafbare forhold, hvor sundhedspersonen samtidig udgør en fare for patientsikkerheden.

Menneskerettighedsdomstolen har i de refererede sager lagt betydelig vægt på, at forbuddet mod at anvende strafsanktionerede oplysningspligter ikke må hindre en effektiv regulering i offentlighedens interesse. I sagen *Saunders* udtalte Domstolen således, at såfremt myndighedernes indledende undersøgelse var beskyttet af forbuddet mod selvinkriminering, ville det unødvendigt hæmme en effektiv regulering i offentlighedens interesse.<sup>36</sup> I sagen *Allen* udtalte Domstolen tilsvarende, at det vil være vanskeligt at forestille sig, at et skattesystem fungerer effektivt uden pligt til at medvirke til

<sup>35</sup> EMD 13942/88 *Kraska v. Schweiz*, præmis 26.

<sup>36</sup> EMD 19187/91 *Saunders*, præmis 67. »Their purpose was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities – prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative«.



oplysningen af egne indkomstforhold.<sup>37</sup> Tilsynsmyndighederne undersøger i de nævnte sager forhold, som kan være strafbare. Det indebærer ikke samtidig, at formålet med undersøgelsen er at træffe beslutning om, hvorvidt der skal rejse sigtelse for et strafbart forhold. Indhentningen af oplysninger må derimod ses i sammenhæng med, at tilsynsmyndighederne i lovgivningen har beføjelser til administrativt midlertidigt at fratage autorisationen helt eller delvist, medens sagen undersøges. Tiltag, der efter Domstolens praksis ikke anses for at udgøre strafferetlige sanktioner, er derfor ikke beskyttet af forbuddet mod selvinkriminering. Den beskyttelse, der følger af konventionens artikel 6, indtræder først i det øjeblik, hvor der enten foreligger en sigtelse for et strafbart forhold, eller hvor formålet med undersøgelsen er at træffe beslutning om, hvorvidt der skal rejses sigtelse.

<sup>37</sup> EMD 76574/01 *Allen v. Storbritannien*, præmis 1: »The obligation to make disclosure of income and capital for the purposes of the calculation and assessment of tax is indeed a common feature of the taxation systems of Contracting States and it would be difficult to envisage them functioning effectively without it.«

## Reference List

- ANDERSEN, J: Forvaltningsret, Thomson, 2010.
- BETÆNKNING: Om retssikkerhedskommissionen, 2003.
- BØNSING, S: Almindelig forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- GAMMELTOFT-HANSEN, H: Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002. pp. 19-82
- GARDE, J, Nørgaard, CA, og Revsbech, K: Forvaltningsret - sagsbehandling, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- HASSELGAARD, O, Møller, J, og Sørensen, JS: Retsikkerhedsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.
- KJØLBRO, JF: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.
- KRISTENSEN, K: Sundhedsjura, Gad, 2011.
- MADSEN, HB: Sundhedsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.
- NIELSEN, KK og Waaben, H: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- OVEY, C og White, R: The European Convention of Human rights, Oxford University Press, 2006.
- VOGTER, J: Forvaltningsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

# Skyggetanten

– tåler »det indre selskab« at se dagens lys?

af

*Troels Michael Lilja*

## 1. Lidt om baggrunden for denne artikel

Det vil være lidt af en tilsnigelse at kalde debatten om de kommanditselskaber, som Noe Munck benævner »indre selskaber« for hurtigt overstået. Debatten blev indledt af denne forfatter i NTS 2007, nr. 4, s. 70, hvorefter den er fulgt op med yderligere tre artikler og et kapitel i den seneste udgave af »Selskabsformerne«.<sup>1</sup> Det er meningen med denne artikel at tilføje en ny vinkel på debatten, som landets lovgivende forsamling har givet mulighed for gennem vedtagelsen af lovforslag nr. 180 den 1. juni 2011,<sup>2</sup> der dels ændrer lov om finansiel virksomhed,<sup>3</sup> dels ændrer lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.<sup>4</sup>

Loven træder i kraft den 1. januar 2012, og dette er derfor en kærkommen lejlighed til forud for ændringslovens ikrafttræden at analysere de konsekvenser, som lovændringen vil få for de kommanditselskaber, som Noe Munck benævner »indre selskaber«. Afslutningsvis vil der blive opstillet nogle spørgsmål, som det ville være glædeligt, hvis Noe Munck eller andre ved brug af retskildelæren kunne besvare, hvis nogen igen vil skrive om materiel ret vedrørende »det indre selskab«.

## 2. Problemstillingen

Ifølge Noe Munck er det kendetegnende ved »det indre selskab« følgende: »(...) Ved det indre selskab, således som jeg og andre har fastlagt begrebet, indskyder den indre deltager kapital eller andre aktiver i en af en anden drevne virksomhed mod at blive tillagt rettigheder og beføjelser, der er karakter-

<sup>1</sup> *Noe Munck i Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen: Selskabsformerne*, 6. udgave, 2010, kapitel 5.

<sup>2</sup> Lov nr. 616 af 14. juni 2011.

<sup>3</sup> Lov nr. 342 af 8. april 2011 med senere ændringer.

<sup>4</sup> Lov nr. 559 af 19. maj 2010.

ristiske for selskabsforhold. Ifølge retspraksis<sup>5</sup> synes den afgørende skillelinje mellem lån og selskabsforhold at være, at om det direkte er aftalt, at indskyderen er tillagt en medejendomsret til virksomhedens aktiver, eller om medejendomsret dog må indfortolkes i samarbejdsforholdet. I det indre selskabsbegreb indgår derfor, at den indre deltager har medejendomsret til en virksomhedsformue. Herudover er det karakteristisk, at selskabsforholdet er et internt forhold mellem deltagerne, der ikke manifesterer sig over for eller kommunikerer til omverdenen (bortset fra SKAT, banken og eventuelt enkelte større kreditorer).«<sup>6</sup>

Det er netop det forhold, at »det indre selskab« i Noe Muncks definition er »et internt forhold mellem deltagerne, der ikke manifesterer sig overfor eller kommunikerer til omverdenen«, der vil blive omdrejningspunktet for denne artikel.

Der skal ikke herske nogen tvivl om, at det efter min opfattelse – som påvist i tidligere artikler<sup>7</sup> – aldrig har været muligt lovligt at drive virksomheder som »indre selskaber«, og hensigten med denne artikel er således at påpege endnu et par retskilder, der er uforenelige med begrebet »det indre selskab«, således som det er fastlagt af Noe Munck.

### 3. Lovforslag nr. 180

#### 3.1. Kort om lovforslaget

Forslag til lov om ændring af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og lov om finansiel virksomhed blev vedtaget den 1. juni 2011 til ikrafttræden den 1. januar 2012. Hovedformålet med lovændringen er at indføre et offentligt tilsyn med virksomheder, der tidligere har drevet finansiel virksomhed, men som i forbindelse med en omdannelse har udskilt denne finansielle virksomhed til et selvstændigt aktieselskab.<sup>8</sup>

Ændringsloven indeholder dog flere andre aspekter, herunder en ændring af bestemmelsen om virksomheders navne, idet bestemmelsen efter lovæn-

<sup>5</sup> »Se navnlig U 1978.2005 V, U 1990.174 HD og U 2008.2568 HD samt de tre ældre højesteretsdomme U 1915.422 HD, U 1916.1081 HD og U 1917.852 HD. Se om problemstillingen også Jørgen Nørgaard i UfR 1984B s. 281.« Det citerede i noten er en gengivelse af noten fra den originale artikel.

<sup>6</sup> Jf. Noe Munck: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1 s. 153-158, s. 154, afsnit 2. Det indre selskab: Begrebsfastlæggelse).

<sup>7</sup> Jf. Troels Michael Lilja: »Stor ståhej for ingenting – Om stille selskaber og indre selskaber« i NTS 2007:4, s. 70-87 og Troels Michael Lilja: »Når enden er god er alting godt – »Indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-167, og som anerkendt af Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk Selskabsret 3, 2. udgave, 2011, s. 189-196.

<sup>8</sup> Jf. LFF2010-2011.1.180, bemærkninger til lovforslaget, almindelige bemærkninger, punkt 1.1.

dringen affattes i overensstemmelse med § 2 i selskabsloven.<sup>9</sup> Intentionen bag dette har tilsyneladende været at skabe ensartede regler for virksomheders navne, uanset om der er tale om registreringspligtige kapitalselskaber, eller om der er tale om personligt drevne virksomheder. Det må betragtes som et særdeles legitimt formål, når man med ændringen sikrer virksomheders medkontraahenter størst mulig åbenhed om, hvad det er for en virksomhed, de kontraherer med. En åbenhed, som for så vidt angår kapitalselskaberne er sikret gennem implementeringen af publicitetsdirektivet,<sup>10</sup> og en åbenhed som løbende bliver søgt udvidet i EU-regi, hvor der senest med direktivforslag KOM (2011) 79 blev sendt klare signaler om, at øget gennemsigtighed af de finansielle markeder, kombineret med større åbenhed om selskabsforhold hos (potentielle) medkontraahenter er nødvendige for større tillid til såvel de finansielle markeder som det indre marked, og et vigtigt led i forhold til at tilvejebringe og understøtte et økonomisk opsving og en øget konkurrenceevne i EU- og EØS-landene.<sup>11</sup>

### **3.2. Ændringer i erhvervsvirksomhedsloven af betydning for debatten**

#### *3.2.1. Omformuleringen af LEV § 2, stk. 3*

Erhvervsvirksomhedslovens § 2, stk. 3, 2. og 3. punktum var før den vedtagne ændringslov affattet på følgende måde:

»Interessentskaber og kommanditselskaber, hvori alle interessenterne henholdsvis komplementarerne er aktieselskaber, partnerselskaber (kommanditaktieselskaber), anpartsselskaber eller selskaber med en tilsvarende retsform, skal dog anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet §§ 10-17 finder tilsvarende anvendelse på disse virksomheder. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte nærmere regler om, hvilke oplysninger der skal registreres om disse virksomheder.

Ændringsloven medfører dels, at 3. punktum flyttes til et selvstændigt stk. 4, dels at ordlyden i § 2, stk. 3, 2. punktum ændres til følgende:

»Interessentskaber og kommanditselskaber skal dog anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system, og §§ 10-16 finder tilsvarende anvendelse på disse virksomheder, hvis alle interessenterne henholdsvis komplementarerne er

<sup>9</sup> Jf. LFF2010-2011.1.180, bemærkninger til lovforslaget, specielle bemærkninger til § 1, nr. 7.

<sup>10</sup> 1. selskabsretlige direktiv, direktiv 2009/101/EF, (oprindeligt direktiv 68/151/EØF)

<sup>11</sup> Jf. KOM (2011) 79, afsnit 1 (baggrund), 1. tekstafsnit, og nærmere om forslaget hos Troels Michael Lilja: »Det elektroniske netværk« – unik selskabsidentifikator og filialidentifikator på vej« i NTS 2011:1, s. 93-102.

1. aktieselskaber, anpartsselskaber, partnerselskaber (kommanditaktieselskaber) eller selskaber med en tilsvarende retsform eller
2. interessentskaber eller kommanditselskaber, i hvilke alle interessenter henholdsvis komplementarer er omfattet af nr. 1.«

Ændringen præciserer bestemmelsen, så det klart fremgår, at de interessentskaber og kommanditselskaber, der skal registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er de samme som dem, der som udgangspunkt er forpligtede til at udarbejde og offentliggøre årsrapporter i henhold til årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 2. Baggrunden for disse virksomheders registreringspligt er, at de herved forpligtes til at indsende årsrapporter til offentliggørelse.<sup>12</sup> Erhvervsvirksomhedsloven udgør qua sin henvisning til årsregnskabsloven hjemlen til at pålægge regnskabspligt for de pågældende virksomheder, og ændringen er derfor væsentlig i forhold til at sikre, at alle virksomheder, som det har været intentionen skulle aflægge årsrapport efter årsregnskabsloven, også kommer til det.<sup>13</sup> Ændringen præciserer således, at registreringspligten ikke alene omfatter de interessentskaber og kommanditselskaber, hvori alle ansvarlige deltagere er kapitalselskaber, men også interessentskaber og kommanditselskaber, hvori alle ansvarlige deltagere er registreringspligtige interessentskaber, kommanditselskaber eller kapitalselskaber.

Med den vedtagne ændring sikres det, at der ikke sker omgåelse af registreringspligten ved lave en selskabskonstruktion med flere led.<sup>14</sup> Når det tages i betragtning, hvor store anstrengelser, der lovgivningsmæssigt herved er gjort for at sikre, at man ikke ved indsættelse af et ekstra led i koncernstrukturen kan undgå at være omfattet af de præceptive regler på området, ville det være absurd, hvis man ved at kalde sig »indre selskab« skulle kunne undgå netop det.

### 3.2.2. Erhvervsvirksomhedslovens § 6, stk. 9

Det skal allerede her bemærkes, at *LEV § 6 er en generel regel, og at den derfor omfatter alle virksomheder, der er omfattet af LEV § 1*. Som tidligere påpeget er de kommanditselskaber, som Noe Munck benævner »indre selskaber«, omfattet af kommanditselskabsdefinitionen i LEV § 2, stk. 2, hvil-

<sup>12</sup> Jf. LFF2010-2011.1.180, bemærkninger til lovforslaget, specielle bemærkninger til § 1, nr. 2.

<sup>13</sup> For så vidt angår de registreringspligtige kommanditselskaber er Danmark forpligtet til at have en lovgivning, der sikrer, at de pågældende virksomheder aflægger årsrapport, da bestemmelsen i erhvervsvirksomhedslovens § 2 er en del af implementeringen af 4. selskabsdirektiv.

<sup>14</sup> Jf. LFF2010-2011.1.180, bemærkninger til lovforslaget, specielle bemærkninger til § 1, nr. 2 in fine.

ket Noe Munck også anerkender,<sup>15</sup> og som følge heraf naturligvis også omfattet af virksomhedsdefinitionen i lovens § 1.<sup>16</sup>

I erhvervsvirksomhedslovens § 6 indsættes ved lovændringen et nyt stk. 9, der medfører en ikke uvæsentlig ændring af alle de af erhvervsvirksomhedsloven omfattede virksomheders pligt til at give oplysninger om virksomheden i en række tilfælde. Bestemmelsen er formuleret således:

»Stk. 9. Virksomheder skal i breve og på andre forretningspapirer, herunder elektroniske meddelelser, og på virksomhedens hjemmeside angive navn, hjemsted og CVR-nr.«

LEV § 6, stk. 9 er således affattet i overensstemmelse med § 2 i selskabsloven. Lovændringen medfører, at alle virksomheder omfattet af erhvervsvirksomhedsloven skal give oplysning om virksomhedens navn, hjemsted og CVR-nr. på breve, herunder elektroniske meddelelser, og på virksomhedens hjemmeside, hvis en sådan findes. For CVR-registrerede virksomheder bliver CVR-nummeret således den indikator, der medfører, at medkontrahenter entydigt vil kunne identificere virksomheden. I henhold til de særlige bemærkninger til bestemmelsen, skal den nye bestemmelse ses i forlængelse af § 2 i selskabsloven, der medfører, »(...) at der med forretningspapirer forstås enhver form for materiale af forretningsmæssig karakter, hvorved virksomheden henvender sig til kunder eller i øvrigt markedsfører sig med. Der kan eksempelvis være tale om tilbud, ordrer og ordrebekræftelser, fakturaer, prislister, brochurer e.l. salgsmateriale. Der sondres ikke mellem, om der er tale om trykt eller elektronisk materiale. De nævnte oplysninger skal således også fremgå af virksomhedens hjemmeside, hvis virksomheden på tilsvarende måde henvender sig til offentligheden i forretningsmæssig sammenhæng ved brug af hjemmeside. Ligesom det gælder i selskabsloven, er det ikke nødvendigt for virksomhederne at anføre alle de i bestemmelsen opregnede oplysninger i markedsføringsannoncer i aviser, tidsskrifter eller tilsvarende medier, medmindre den pågældende annonce indeholder en be-

<sup>15</sup> Jf. Noe Munck i Lars Bo Langsted (red.) m.fl.: Selskabers Kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), 1. udgave, 1999, s. 104 note 38 gør opmærksom på, at »det indre selskab« definatorisk er omfattet af erhvervsvirksomhedslovens § 2, stk. 2. Definitionen i erhvervsvirksomhedsloven er siden ændret, således at den daværende kommanditselskabsdefinition nu er generelt gældende i dansk ret, som påpeget af Troels Michael Lilja: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 165 f.). Se tilsvarende Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk Selskabsret 3, 2. udgave, 2011, s. 35.

<sup>16</sup> Noe Munck anerkender imidlertid ikke den betydning, det har, at »det indre selskab« er omfattet af den generelle definition af kommanditselskabet, jf. Noe Munck: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 155).

*stillingsseddel.*»<sup>17</sup> Som det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, er formålet primært at bringe reglerne i overensstemmelse med reglerne herom i selskabsloven. Lovændringen medfører større offentlighed for virksomheder omfattet af LEV jf. straks nedenfor.

#### 4. Betydningen af ændringsloven

##### 4.1. »Det indre selskab« er omfattet af LEV § 6, stk. 9

Det følger af LEV § 6, stk. 9, at virksomheder omfattet af LEV § 1 i breve og på andre forretningspapirer, herunder elektroniske meddelelser, og på virksomhedens hjemmeside skal angive navn, hjemsted og CVR-nr. Da »det indre selskab« – som anerkendt af Noe Munck er omfattet af kommanditselskabsdefinitionen i LEV § 2, stk. 2,<sup>18</sup> er »det indre selskab« uden videre tillige omfattet af virksomhedsbegrebet i LEV § 1, og skal dermed efterleve kravene om at tilkendegive virksomhedens identitet i LEV § 6, stk. 9.

##### 4.2. Kan »det indre selskab« tåle offentlighed?

###### 4.2.1. Erhvervsankenævnets kendelse af 10. oktober 2000

Noe Munck synes nu at have anerkendt, at Erhvervsankenævnets kendelse af 10. oktober 2000 udelukker anvendelsen af »indre selskaber« i de tilfælde, hvor komplementaren er et kapital-selskab.<sup>19</sup>

Noe Munck anfører om kendelsen, at Erhvervsankenævnet »(...) støtter sit resultat på en streng ordlydsfortolkning af LEV § 2, stk. 3, 2. pkt. (...)« Til dette vil jeg gentage,<sup>20</sup> at LEV § 2, stk. 3, 2. pkt. er indført som led i implementeringen af 4. selskabsdirektiv, og at Erhvervsankenævnet (og de danske domstole) derfor vil være forpligtede til at anvende en EU-konform fortolkning.<sup>21</sup> Da formålet med 4. selskabsdirektiv<sup>22</sup> var at skabe offentlighed (om regnskaber) i alle tilfælde, hvor der reelt forelå begrænset hæftelse

<sup>17</sup> Jf. Jf. LFF2010-2011.1.180, bemærkninger til lovforslaget, specielle bemærkninger til § 1, nr. 7 in fine.

<sup>18</sup> Jf. Noe Munck i Lars Bo Langsted (red.) m.fl.: Selskabers Kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), 1. udgave, 1999, s. 104 note 38 og ovenfor note 15.

<sup>19</sup> Jf. Noe Munck: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 156).

<sup>20</sup> Se tillige Troels Michael Lilja: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 157 f.).

<sup>21</sup> Jf. sag 14/83, von Colson, og nærmere herom Karsten Engsig Sørensen: »Pligten til EU-konform fortolkning« i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.): Europæiseringen af dansk ret, 1. udgave, 2008, s. 303-336.

<sup>22</sup> Direktiv 78/660/EØF.



i kommanditselskaber, ville det passe meget dårligt med direktivets formål, om selskabet i den pågældende sag ikke skulle være registreringspligtigt.<sup>23</sup>

Dette støttes yderligere af ændringslovens præcisering af LEV § 2, stk. 3, som medfører, at det nu også er udelukket at lave flerleddede konstruktioner for at undgå registreringspligten.<sup>24</sup> Det ville være absurd, når man fra lovgivers side har gennemført en så detaljeret ændring af erhvervsvirksomhedslovens § 2, stk. 3 for at sikre sig mod omgåelse, hvis man kunne omgå registreringspligten blot ved at kalde sig et »indre selskab«.

Om Noe Munck og denne forfatter er enige om baggrunden for resultatet af Erhvervsankenævnets kendelse er ikke så vigtigt. Det vigtige er, at vi nu tilsyneladende er enige om, at afgørelsen betyder, at »det indre selskab« definatorisk ikke kan anvendes, når komplementaren er et kapitalselskab, da registreringspligten medfører en offentlighed om selskabsforholdet, der er uforenelig med begrebet »indre selskab«.<sup>25</sup>

#### 4.2.2. UfR 2002.844H Lindenberg Kro

For så vidt angår de kommanditselskaber, som Noe Munck benævner »indre selskaber«, og hvor komplementaren er en fysisk person, består der fortsat en uenighed om, hvilken retsstilling der kan udledes af UfR 2002.844H, Lindenberg Kro.

Faktum er, at Højesteret nåede frem til følgende: *»(...) De nævnte skatteretlige regler for kommanditister må anses for begrundet i den begrænsede hæftelse. Selv om det lægges til grund, at Bent Lund Johansen ikke hæftede udadtil, men alene var »stille deltager«, må han derfor i relation til de nævnte regler [i investeringsfondsloven] betragtes som en kommanditist.«*

Noe Munck anfører, at Højesteret anvender en formålsfortolkning, der tager udgangspunkt i »den stille deltagers« begrænsede hæftelse. Der er for Højesteret, som Noe Munck rigtigt anfører, kun to muligheder: 1) Den »stille deltager« falder ind under reglerne for kommanditister. 2) Den »stille deltager« falder uden for reglerne for kommanditister.

Højesteret valgte som bekendt det første. Når Højesteret anfører, at en person *»(...) i relation til de nævnte regler betragtes som kommanditist«*, er det så fordi, de er kommanditister, eller fordi de ikke er kommanditister?

<sup>23</sup> For en uddybning af synspunktet og en analyse af præamblen til 4. selskabsdirektiv se *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 158 med note 9).

<sup>24</sup> Der henvises til gennemgangen ovenfor i afsnit 3.2.1.

<sup>25</sup> Jf. *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 156-158), og *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 156). Se for en tilsvarende opfattelse *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: *Dansk Selskabsret* 3, 2. udgave, 2011, s. 189-191.

Tillad mig at stille følgende spørgsmål: Hvis en person har begået en handling, som af Højesteret vurderes at være omfattet af straffelovens § 279, er vedkommende da at betragte som »bedrager« i straffelovens forstand? Svaret på dette spørgsmål er naturligvis ja.

På baggrund af dette rationale må det være på sin plads at stille et nyt spørgsmål: Hvis en person har deltaget i et selskab, hvor vedkommende i relation til investeringsfondslovens regler af Højesteret betragtes som en kommanditist, er vedkommende da at betragte som kommanditist i investeringsfondslovens forstand? Svaret på dette spørgsmål er naturligvis også ja.

Ovenstående spørgsmål og svar kan imidlertid ikke stå alene. Spørgsmålet er, om den person, der af Højesteret er dømt for bedrageri også *generelt i lovgivningen* er at betragte som en bedrager, eller om vedkommende kun er bedrager i straffelovens forstand?

Svaret er, at den pågældende generelt er at betragte som bedrager, da straffelovens definition på bedrageri er den, der gælder generelt i dansk ret, og vedkommende må herefter definatorisk være bedrager.

Spørgsmålet er herefter, om den person, der af Højesteret betragtes som en kommanditist i relation til investeringsfondslovens regler også generelt er en kommanditist, eller om vedkommende kun er en kommanditist i relation til den omtalte lov?

Her er svaret knap så entydigt, da den generelle definition på, hvad en kommanditist er, ikke findes i investeringsfondsloven, men i erhvervsvirksomhedslovens § 2, stk. 2. Det bemærkes, at kommanditselskabsdefinitionen (og kommanditistdefinitionen) er generelt gældende,<sup>26</sup> og således er udtryk for den almindelige opfattelse af, hvad der forstås ved et kommanditselskab.<sup>27</sup>

Som jeg tidligere har anført, defineres et kommanditselskab (og dermed en kommanditist) materielt fuldstændig ens i erhvervsvirksomhedsloven og i forarbejderne til investeringsfondsloven,<sup>28</sup> hvorfor det synes naturligt – under anvendelse af den almindelige retskildelære – at slutte, at en person,

<sup>26</sup> Dette er også anerkendt af Noe Munck, jf. *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 155).

<sup>27</sup> Det skal medgives, at den måde, hvorpå afsnit 7 var formuleret på i *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 165 f.) kunne give læseren den opfattelse, at jeg ikke forud for følge-loven til selskabsloven (L 2009 516 § 2, stk. 1, nr. 4) mente, at definitionen i LEV var generelt gældende. Lovændringen var ikke et kardinalpunkt for mig, således som antaget af Noe Munck i *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 155), men hvor man i teorien tidligere kunne argumentere for, at definitionen alene gjaldt i erhvervsvirksomhedsloven qua bestemmelsens ordlyd, var lovændringen med til at fjerne enhver teoretisk tvivl.

<sup>28</sup> Jf. *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 159).

der i henhold til investeringsfondslovens regler betragtes som en kommanditist også er at betragte som en kommanditist efter erhvervsvirksomhedslovens regler, hvilket betyder, at vedkommende er at betragte som en kommanditist i relation til enhver juridisk problemstilling, idet definitionen i erhvervsvirksomhedsloven, som også anført af Noe Munck,<sup>29</sup> er generelt gældende i dansk ret.

Det er beklageligt, at Noe Munck hverken i Selskabsformerne<sup>30</sup> eller i den seneste artikel<sup>31</sup> forholder sig til ovenstående på trods af, at det ikke er første gang, ovenstående argumenter har været fremført.<sup>32</sup> Det kunne derfor være frugtbart, om ovenstående argumentation – om muligt – i fremtidige fremstillinger om de kommanditselskaber, Noe Munck betegner »indre selskaber«, kunne forsøges tilbagevist under anvendelse af retskildelæren.

### **4.3. Hvad betyder lovændringen for »indre selskaber«**

#### *4.3.1. Offentlighed om »det indre selskabs« eksistens*

Ændringsloven betyder, at en komplementar ikke lovligt i breve og på andre forretningspapirer, herunder elektroniske meddelelser, og på virksomhedens hjemmeside kan undslå sig fra at angive navn, hjemsted og CVR-nr. for »det indre selskab«, når der udgår sådanne dokumenter på vegne af »det indre selskab«, som omtalt i bestemmelsen. Som anført af Noe Munck umuliggør en sådan offentlighed, at et selskab omfattet af bestemmelsen kan betragtes som et »indre selskab«,<sup>33</sup> og LEV § 6, stk. 9 er således (blot) en retskilde i rækken af retskilder, som udelukker lovlig anvendelse af »det indre selskab« som selskabskonstruktion efter dansk selskabsret.

## **5. Nogle spørgsmål om »indre selskaber«**

### **5.1. Baggrunden for spørgsmålene**

I tidligere artikler har jeg påpeget en række problemer ved de kommanditselskaber, som Noe Munck benævner »indre selskaber«. Her vil jeg meget kort gengive de dele af kritikken, som Noe Munck ikke har tilbagevist gennem henvisning til relevante retskilder, men som hidtil enten ikke er blevet taget stilling til, eller som er forsøgt tilbagevist uden juridisk argumentation. Opstillingen af nedenstående spørgsmål er derfor et forsøg på at give Noe

<sup>29</sup> Jf. *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 155).

<sup>30</sup> Jf. *Noe Munck i Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen: Selskabsformerne*, 6. udgave, 2010, s. 197 f.

<sup>31</sup> Jf. *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158.

<sup>32</sup> Se således *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 158 ff.).

<sup>33</sup> Jf. *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 156).

Munck – eller andre – en mulighed for at forholde sig til de retlige problemstillinger og til at finde eventuelle retskilder, der tilbageviser min argumentation.

### **5.2. Skal »det indre selskab« overholde præceptiv lovgivning?**

Jeg har tidligere anført, at når »det indre selskab« er omfattet af kommanditselskabsdefinitionen i erhvervsvirksomhedslovens § 2, stk. 2, skal det også overholde den præceptive lovgivning, der gælder for kommanditselskaber.<sup>34</sup> Noe Munck har ikke svaret på dette, og det er ret afgørende, for efter min opfattelse må ethvert selskab naturligvis overholde den præceptive lovgivning, der gælder for den pågældende selskabsform. Da »det indre selskab« definitorisk er et kommanditselskab, skal det således overholde præceptiv lovgivning for kommanditselskaber.

### **5.3. Hvilke konsekvenser har det, at der ikke kan foretages sikringsakt?**

Jeg har tidligere anført, at når »det indre selskabs« eksistens ikke må være kendt af omverdenen, giver det en række problemer i forhold til at foretage relevante sikringsakter, hvis »det indre selskab« skal eje aktiver, eller hvis der skal stilles sikkerhed, hvor den relevante sikringsakt kompromitterer den hemmelige konstruktion, eksempelvis hvis sikringsakten er tinglysning, hvor adkomsthavers identitet skal offentliggøres.<sup>35</sup> Noe Munck forholder sig ikke til de materielle problemer herved, men nøjes med at kritisere den anvendte retorik.<sup>36</sup> I tilfælde af uenighed mellem parterne eller ved konkurs hos den person, der har formel adkomst, kan de øvrige selskabsdeltagere intet gøre, da domstolene vil lægge de civilretlige sikringsakter og den formelle adkomst til grund. Noe Munck har loyalt gengivet de mulige problemer herved, men synes at negligere betydningen heraf.

### **5.4. Skal en kreditor acceptere et debitorskifte?**

En kreditor skal ikke – medmindre det er aftalt, eller der er anden særskilt hjemmel hertil – acceptere et debitorskifte.<sup>37</sup> Når Noe Munck anfører, at »det indre selskab« kan bruges som et forstadium til optagelse af kendte selskabsdeltagere, skyldes det formentlig, at Noe Munck blander begreberne

<sup>34</sup> Jf. *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 159 ff.).

<sup>35</sup> Jf. *Troels Michael Lilja*: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab« i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 161).

<sup>36</sup> *Noe Munck*: »Det indre selskab lever og har det godt« i NTS 2010:1, s. 153-158 (s. 158).

<sup>37</sup> Jf. forudsætningsvis UfR 1985.220 V og UfR 1994.243 H, samt *Nis Jul Clausen & Camilla Hørby Jensen*: Sikkerhed i fordringer, 5. udgave, 2008, s. 13, *Bo von Eyben m.fl.*: Lærebog i obligationsret II, 3. udgave, 2008, s. 17-20 samt *Bernhard Gomard*: Obligationsret 3. del, 1. udgave, 2. oplag, 1993, s. 143.

forventningsforårsaget hæftelse og selskabshæftelse sammen.<sup>38</sup> For en uddybning af problemstillingen i forhold til de kommanditselskaber, Noe Munck benævner »indre selskaber« henvises til afsnit 6.6 i den tidligere artikel om emnet.<sup>39</sup>

### 5.5. Er reglerne for K/S og »indre selskaber« forskellige?

Noe Munck anfører i sin seneste artikel, at reglerne for kommanditselskaber og »indre selskaber« »(...)på en række punkter er forskellige. Dette sidstnævnte og afgørende forhold tager TML dog ikke stilling til.« Det er imidlertid ikke rigtigt, at jeg ikke tager stilling til det. Se således afsnit 6.5, der er benævnt »Forskelle på kommanditselskabet og »det indre selskab««. <sup>40</sup>

Som allerede anført i det nævnte afsnit, er *de deklaratoriske* retsvirkninger af »det indre selskab« fastlagt af Noe Munck selv. Det betyder, at parterne kan aftale noget andet, men i det omfang, det benævnte selskab falder ind under K/S-definitionen i LEV § 2, stk. 2, gælder de præceptive regler for kommanditselskaber fuldt ud.

Det er således forkert, at jeg ikke har forholdt mig til det af Noe Munck anførte. Mens Noe Munck forholder sig til det materielle indhold af nogle deklaratoriske regler, som han – for så vidt angår »de indre selskaber« – selv har fastlagt, forud fra dette tilsyneladende at udlede en definatorisk forskel på kommanditselskaber og »indre selskaber«, går jeg den modsatte vej.

Jeg ønsker ikke at forholde mig til eventuelle forskelle i materielle regler for selskaber, der definatorisk er det samme. Jeg tager udgangspunkt i, hvad et selskab definatorisk er, og da »indre selskaber« definatorisk er kommanditselskaber, giver det efter min opfattelse ikke mening at operere med forskellige deklaratoriske regler for de kommanditselskaber, som Noe Munck benævner »indre selskaber« og for andre kommanditselskaber. Retsstillingen er den samme, uanset om selskabskonstruktionen er kendt af omverdenen eller ej, jf. LEV § 2, stk. 2, men med indførelsen af LEV § 6, stk. 9, vil det være endog meget vanskeligt lovligt at drive sådan virksomhed, uden at selskabskonstruktionen bliver kendt af omverdenen.

<sup>38</sup> Se for en omfattende gennemgang af forskellene på forventningsforårsaget hæftelse og selskabshæftelse *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk Selskabsret 3*, 2. udgave, 2011, s. 436 ff. med henvisninger. Konklusionerne i denne gennemgang støtter denne forfatters opfattelse af retsstillingen.

<sup>39</sup> Jf. *Troels Michael Lilja: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab«* i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 165).

<sup>40</sup> Jf. *Troels Michael Lilja: »Når enden er god er alting godt – »indre selskab« eller blot kommanditselskab«* i NTS 2008:4, s. 155-166 (s. 164 f.).

## 6. Konklusion

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at Noe Munck og denne artikels forfatter er enige om, at en konstruktion, hvor komplementaren i et kommanditselskab af den art, som Noe Munck benævner »indre selskab« grundet Erhvervsankenævnets kendelse af 10. oktober 2000 ikke kan forekomme under betegnelsen »indre selskab«, da offentlighedens kendskab til selskabets eksistens er uforeneligt med begrebet »indre selskab«. Den vedtagne ændring af LEV § 2, stk. 3, støtter kendelsens konklusion.

Videre kan det konkluderes, at vedtagelsen af lov nr. 616 af 14. juni 2011 får betydning for alle kommanditselskaber af den type, som Noe Munck benævner »indre selskaber«, da (også) disse selskaber i fremtiden i breve og på andre forretningspapirer, herunder elektroniske meddelelser, og på virksomhedens hjemmeside skal angive navn, hjemsted og CVR-nr., jf. LEV § 6, stk. 9. Manglende overholdelse af bestemmelsen vil selvsagt være ulovlig, og en overholdelse vil medføre en sådan offentlighed om det selskabsretlige forhold, at det definatorisk vil være uforeneligt med begrebet »indre selskab«, således som dette er fastlagt af Noe Munck.

# Blålys og H.C. Andersen

af

*Bent Ole Gram Mortensen*

## 1. Lysgassens tid

Det var i lysgassens tid, at H.C. Andersen blev født – en tid med store teknologiske landvindinger, hvor bl.a. de første planer om etablering af offentlig forsyning af gas kom for dagen. Bygasforsyning blev den første ledningsførte energiforsyning, der kunne forsyne den enkelte husstand. Senere er ledningsførte energiforsyninger med elektricitet, naturgas, fjernvarme og fjernkøling kommet til. Formålet med gasforsyningen var i begyndelsen primært belysning (lysgas). Senere udvidedes anvendelsen til også at omfatte madlavning (kogegas), bygningsopvarmning inkl. forsyning med varmt vand samt som brændstof til industrimotorer og husholdningsapparater.

Bygasteknikken blev udviklet i Europa. Skotske William Murdock havde eksperimenteret med lysgas allerede i begyndelsen af 1790'erne til belysning af sit eget hus i Cornwall og senere en dampmaskinefabrik i Birmingham.<sup>1</sup> I Paris havde franske Philippe Lebon i 1801 på hotel Seignelay holdt offentlige forevisninger for at demonstrere gassens muligheder som lyskilde. Han demonstrerede termolampen. I England skabte den i Braunschweig fødte Friedrich Albrecht Winzer (den senere Frederick Albert Winsor) i 1804 opmærksomhed med en kampagne for etablering af en gasforsyningsvirksomhed (et gaskompagni) med henblik på offentlig forsyning af lysgas. Det skulle i sagens natur ske gennem et ledningsnet, som vi stadig kender det. Det lykkedes med en bevilling i 1812 med forsyning fra 1814.<sup>2</sup> Den ene side af gaden Pall Mall i London havde dog fået gasgadebelysning allerede fra 1807.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Hanne Thomsen*: Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005. Gasmuseet 2008, s. 16.

<sup>2</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systimes teknologihistorie, 1994, s. 7 ff. og *Hanne Thomsen*: Ren gas. Bygassens historie i Aalborg 1854-2004, Gasmuseets Forlag 2004, s. 12 f.

<sup>3</sup> *Hanne Thomsen*: Gas til nordjyderne i Nordjyllands Amt: Folkets Nordjylland, 2003, s. 89.

## 2. Energiforsyning

Gasteknikken kom til i en tid, hvor der – som det stadig er tilfældet – også var fokus på energiforsyning, nærmere betegnet forsyningssikkerheden. Den danske energiforsyningssituation i begyndelse af det 19. århundrede kunne således være bedre. På daværende tidspunkt var Danmark ved at blive afhængig af kulimport – engelske kul fra Newcastle, fra selve »stenkulsøen«, for nu at bruge Andersens eget udtryk fra eventyret »Det nye århundredes muse«. Engelske kul var ganske populære. I Danmark var disse dog i tiden omkring H.C. Andersens fødsel grundet ufreden med England langt fra populære. Frygten for manglende forsyningssikkerhed slog igennem.

Således ytrede Justitsraad C.G. Rafn i 1807: »Gid ingen Skieppe engelske Kul mere kommer til Dannemark, før vore Vildmoser, som Kul, ere fortærede paa vore Esser og i andre vore Værksteder«. <sup>4</sup> Faktisk havde Danmark brunkulsbrud på Bornholm, men nogen større betydning for den indenlandske energiforsyning fik disse aldrig, og kvaliteten lod vist også en del tilbage at ønske. Færøerne bød på bedre kvalitet af brunkul, men en lønsom forsyning herfra fordrede temmelig høje priser. Det lader Christian Olufsen os vide i sit værk »Danmarks Brændselsvæsen«. <sup>5</sup> Situationen blev tilsyneladende betragtet med nogen alvor. Samme Christian Olufsen anfører i indledningen til værket fra 1811, at »Forbruget af Brændsel er i vore Dage saa uhyre stort; det tiltager ideligen, og Prisen derpaa stiger saa stærkt, at Mange begynde at fæste Tillid til de for længesiden yttrede og ofte gjentagne Spaadomme om en forestaaende almindelig Mangel paa denne uundværlige Vare«.

Også senere skulle der især i ufredstider vise sig at kunne blive problemer med energiimport, uanset om man var krigsførende magt eller ej. 2. verdenskrig, Yom Kippur-krigen i 1973 og den iranske revolution i 1979 gav eksempelvis anledning til direkte importproblemer eller kraftige prisstigninger.

Anvendelse af indenlandske energikilder gav dengang som nu en bedre forsyningssikkerhed. Det oplagte danske alternativ til kul som primær energikilde var på Andersens tid brænde og tørv. Og brænde var en gammel og dengang stadig væsentlig energikilde til bl.a. madlavning og bygningsopvarmning. Brænde hugst havde imidlertid tæret voldsomt på de danske skoves omfang. Ved fredskovsforordningens fremkomst i 1805 blev det skønnet, at skovene var blevet mere end halveret på 50 år. <sup>6</sup> Det var ikke herfra,

<sup>4</sup> *Alex Nielsen*: Industriens historie i Danmark, III, 1. halvbind, 1944, s. 406.

<sup>5</sup> *Christian Olufsen*: Danmarks Brændselsvæsen, 1811, s. 147 ff.

<sup>6</sup> *Bergsøe*: Den danske Stats Statistik, II, København 1847, s. 204. Citeret efter *Alex Nielsen*: Industriens historie i Danmark, III, 1. halvbind, 1944, s. 406.



fremtidens energiforsyninger skulle sikres. Så var der mere fremtid i tørv,<sup>7</sup> der også var en hjemlig ressource. Tørv forblev en vigtig dansk energikilde i store dele af 1800-tallet. Forkulning af tørv havde under konflikten med England i begyndelsen af 1800-tallet bredt sig og holdt sig også herefter i visse dele af landet. Dette påvirkede også den danske indstilling til lysgas. Vi forsøgte os med at lave gas af tørv.<sup>8</sup>

Helt galt gik det dog ikke med energisituationen i begyndelsen af 1800-tallet. Kulimporten fra England steg snart igen efter krigens slutning, og med tiden fandtes andre energikilder, om hvilke senere generationer også skulle forudse mangel. For lys- og dermed bygassens fremkomst forblev kullene dog væsentlige. Det var forgasning af kul, der skulle blive den store kilde til produktion af bygas i dennes storhedstid.<sup>9</sup>

### 3. Gasbelysning

Og bygassens fremkomst blev H.C. Andersen vidne til. Tran var ved Andersens fødsel gadelygtens normale energikilde, sine steder dog petroleum.<sup>10</sup> I H.C. Andersens fødeby, Odense, havde tranlamper været anvendt som gadebelysning siden 1762.<sup>11</sup> Som lyskilde i øvrigt anvendtes i datiden især olielamper, stearinlys og tællelys. Olien til tranlamper kom fra hval- og sælfangst i Nordatlanten.<sup>12</sup> For Danmarks vedkommende blev især den grønlandske hvalfangst interessant, en interesse, der bl.a. medvirkede til etableringen af den Kongelige Grønlandske Handel (KGH) i 1770'erne. Da Andersen flyttede fra Odense i 1819, var det stadig trangadelamperne, der re-

<sup>7</sup> Tørv er planteaflejringer, der dannes i moser, og er første led i kæden ved dannelsen af brunkul og stenkul. Fra ældre jernalder og frem til midten af det 20. århundrede var tørv en ikke ubetydelig energikilde i Danmark. Især under de to verdenskrige steg den danske tørveproduktion som et resultat af problemer med at importere energiressourcer. Tørv anvendes stadig i større omfang fortrinsvis i ulande.

<sup>8</sup> *Alex Nielsen: Industriens historie i Danmark*, III, 1. halvbind, 1944, s. 406-407.

<sup>9</sup> I vore dage benytter de tilbageværende bygasforsyninger i Aalborg og København naturgas fortyndet med luft. Kulforgasning gik man dog væk fra midten af 1950'erne, og især i 1960'erne hvor oliepriserne faldt uden, at kulpriserne fulgte med. Sammen med stigende lønomsætninger og afsætningsproblemer med kulgasværkernes biprodukter førte det til nedlæggelse af mange gasværker i Danmark. Se *Hanne Thomsen: Ren gas. Bygassens historie i Aalborg 1854-2004*, Gasmuseets Forlag 2004, s. 83.

<sup>10</sup> I *J.O. Lang: Danske Gasværkers Historie*, 1922, s. 346 omtales, at gaderne i Kerteminde var oplyst af gammeldags petroleumsløgter.

<sup>11</sup> *Poul Thestrup m.fl.: Odense Bys historie*, bd. 6. Mod bedre tider – Odense 1789-1868, Odense 1986, s. 68. I andre og mindre byer kom gadebelysningen senere. I en anden af Syddansk Universitets campusbyer fik man først gadebelysning i midten af 1800-tallet, her også med tranlamper. Se *Hanne Thomsen: Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005*, Gasmuseet 2008, s. 12.

<sup>12</sup> *Hanne Thomsen: Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005*, Gasmuseet 2008, s. 12.

gerede. Nok var man i England begyndt med offentlig gasforsyning, men på kontinentet måtte man vente til 1820, før Paris som det første sted åbnede et gasværk.<sup>13</sup>

I Danmark lod udviklingen vente lidt på sig, men da der først blev taget hul på udviklingen, gik det relativt stærkt. Det var i Andersens fødeby, at man i det 19. århundrede kunne siges at være først i Danmark med hensyn til indførelsen af offentlig bygasforsyning. Således åbnedes det første gasværk med henblik på offentlig forsyning i 1853 i Odense. Dette skete angiveligt i slutningen af august måned.

Forbrugsmæssigt syntes Odense også at være langt fremme i den periode. Således var der pr. 1. september 1855 registreret 492 målerstationer i Odense. Tilsvarende fandtes der 202 i Flensborg, 164 i Ålborg og 157 i Helsingør. De første danske gasværker fulgte samme udbredelsesmønster som jernbanen, det store H.<sup>14</sup> Det forventede vækstpotentiale for en stationsby har muligvis været medvirkende hertil.<sup>15</sup>

Fortalerne for gassen kunne fremføre, at gassen var billigere end datidens alternative lyskilder. Således citeres en pjece fra Odense fra 1854 for, at gassen er 3,4 gange billigere end tællelys, 5,7 gange i forhold til stearinlys og 2,3 gange i forhold til olielamper.<sup>16</sup> Den offentlige gadebelysning var fra starten en væsentlig aftager af gassen. Og gadebelysning var der brug for. Tranlamperne havde begrænset lysstyrke, og det var ikke altid heldigt på gader med toppede brosten og åbne kloakker. Gadebelysning blev også dengang anset for en kommunal opgave.

Odense Kommune var en stor aftager af bygassen fra starten. Således lagde man ud med 150 lokalt fabrikerede gasgadelygter.<sup>17</sup> Hovedparten af gassen blev dog solgt til andet formål.<sup>18</sup> Imidlertid må man ikke underkende gadebelysningen som en medvirkende årsag til, at så kapitalintensive projekter, som anlæg af gasværk med tilhørende distributionsnet nu var, kunne

<sup>13</sup> *Hanne Thomsen*: Gas til nordjyderne i Nordjyllands Amt: Folkets Nordjylland, s. 87 f. Samme forfatter anfører dog i Ren gas. Bygassens historie i Aalborg 1854-2004, Gasmuseets Forlag 2004, s. 13, at gaslygterne i Paris blev tændt i 1815.

<sup>14</sup> *Hanne Thomsen*: Gas til nordjyderne i Nordjyllands Amt: Folkets Nordjylland, s. 87 f.

<sup>15</sup> *Hanne Thomsen* omtaler i Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005, Gasmuseet 2008, s. 13 det forhold, at jernbaneingeniørernes interesse for Kolding kan have »næret« tanken om at etablere et gasværk i Kolding, der ellers i midten af 1800-tallet med kun ca. 4.000 indbyggere størrelsesmæssigt var i underkanten af, hvad man dengang etablerede gasværker i.

<sup>16</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systemes teknologihistorie, 1994, s. 15.

<sup>17</sup> *Poul Thestrup m.fl.*: Odense Bys historie, bd. 6. Mod bedre tider – Odense 1789-1868, Odense 1986, s. 68.

<sup>18</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systemes teknologihistorie, 1994, s. 47.

lade sig gøre. I den første (og normsættende kontrakt) mellem Det danske Gaskompagni og Odense Kommune havde kommunen således forpligtet sig at betale for gas til mindst 100 gadelamper i 20 år – formodentlig en medvirkende årsag til, at en privat investor ville gå ind i projektet.

#### 4. Konkurrerende teknologi

Bygassen var dog ikke uden konkurrence i 1800-tallet. Petroleum faldt kraftigt i pris gennem 1860'erne i takt med den stigende råolieproduktion i USA og blev dermed en hård konkurrent til bygassen. Faktisk faldt petroleum så meget i pris – fra ca. 23 mark i 1860'erne til ca. 13 mark i 1870 – at petroleum blev en billigere belysningskilde end bygas og desuden ikke fordrede samme investeringer i installation. En undersøgelse fra 1880'erne vedrørende forskellige lampetyper påviste en besparelse på mellem 16 og 69 % ved valg af petroleum frem for bygas. Dertil kom den omtalte lavere investering ved en petroleumsløsning, der dermed øgede petroleumens konkurrencefordel i forhold til nye forbrugere. Petroleum havde endvidere den fordel, at den ikke var så eksplosiv – og dermed farlig – som bygassen. Til gengæld skulle petroleumslamper jævnlige påfyldes, og soderi gav anledning til mere rengøring.<sup>19</sup>

Mødte gasværkerne konkurrence fra petroleum, havde gasværkerne til gengæld stigende indtægter ved salg af koks – et biprodukt ved at udvinde bygas fra kul. Koksen kunne sælges til anvendelse i bl.a. private kakkelovne og kunne i øvrigt indgå som brændsel ved selve forgasningsprocessen. Tjære og ammoniak var ligeledes blandt de værdifulde biprodukter.<sup>20</sup> Efterhånden forbedredes gassens lyskildeværdi med ny teknologi som »auernettet« (gasglødelampen),<sup>21</sup> og gassens anvendelighed bredte sig til industrien til motorer og til køkkenet til erstatning for de gamle brændekomfurer.

På markedet for energi til madlavning (køgegas) havde man ikke samme konkurrence fra petroleum på grund af sod- og lugtgener ved denne benyttelse af petroleum. Eneste reelle konkurrerende teknologi var brændekomfuret, der i sig selv var en relativt ny foreteelse. Først i løbet af 1800-tallet

<sup>19</sup> *Cliff Thaudahl Hansen*: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994, s. 72 ff., *Hanne Thomsen*: Gas til nordjyderne i Nordjyllands Amt: Folkets Nordjylland, s. 96 f., *Hanne Thomsen*: Ren gas. Bygassens historie i Aalborg 1854-2004, Gasmuseets Forlag 2004, s. 30 f. og *Hyltoft* 1994, s. 100 ff.

<sup>20</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systemes teknologihistorie, 1994, s. 103 f. og *Hanne Thomsen* omtaler i *Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005*, Gasmuseet 2008, s. 33 f.

<sup>21</sup> Auernettet var blot et net vædet med salte, der udsendte et kraftigt lys – 10 gange så meget som hidtil kendte brændere. Se *Hanne Thomsen*: *Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005*, Gasmuseet 2008, s. 47.

slog brændekomfuret igennem som afløser for det åbne ildsted. Faktisk var det mange steder i 1800-tallet normalt at lave mad i en åben skorsten med gryder, pander og kedler monteret på trefod eller krog. Gaskomfuret blev et mere praktisk alternativ til brændekomfuret i byer med bygas, da der blev udviklet egnede brændere i anden halvdel af 1800-tallet.<sup>22</sup> På landet måtte man vente med koge-gassen til midten af 1900-tallet, da flaske-gassen blev et muligt alternativ.

På grund af den manglende konkurrence kunne man sænke prisen på lysgas og holde en noget højere pris på koge-gas. Prisdifferentiering i forhold til forskellig benyttelse af bygassen blev et instrument, som mange gasværker greb til.<sup>23</sup> Dette system med forskellige priser på et og samme produkt alt efter brug gav naturligvis mulighed for omgåelse og dermed tilsvarende kontrolproblemer.<sup>24</sup> En sådan prisdifferentiering vil i dag næppe være mulig. Bygasdistribution reguleres i dag af varmforsyningsloven,<sup>25</sup> jf. dennes § 2, stk. 1, nr. 1, der under loven inddrager anlæg til produktion og fremførelse af andre brændbare gasarter end naturgas.<sup>26</sup>

Bygas består i dag typisk af en blanding af naturgas og luft. Denne blanding anses for omfattet af begrebet »andre brændbare gasarter end naturgas« og dermed af varmforsyningsloven. Se hertil Energiklagenævnets afgørelse af 22. juli 2002 i sagen Aalborg Kommune mod Energitilsynet, j.nr. 97-2311-0123, hvor Aalborg Kommunes gasforsyning, der fremførte luft og naturgas blandet i lige forhold, blev anset for omfattet af varmforsyningslovens bestemmelser. Prissætningen på naturgas reguleres nu af naturgasforsyningsloven, senest lovbekendtgørelse nr. 1116 af 8. november 2006 om naturgasforsyning.

Udgangspunktet efter varmforsyningslovens § 20 er, at varmeprisen er omkostningsbaseret. Det antages således, at prissætningen skal afspejle de omkostninger, som den enkelte aftager medfører for varmforsynings-

<sup>22</sup> *Hanne Thomsen: Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005, Gasmuseet 2008, s. 45.*

<sup>23</sup> I Danmark indførte Nakskov som den første by prisdifferentiering mellem koge-gas og lysgas ved salg til private. Koge-gassen kom kun til at koste det halve af lysgassen. Se *Hanne Thomsen: Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005, Gasmuseet 2008, s. 36.*

<sup>24</sup> *Cliff Thaudahl Hansen: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994, s. 73.*

<sup>25</sup> Senest lovbekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005 om varmforsyning.

<sup>26</sup> Se hertil Energiklagenævnets afgørelse af 22. juli 2002 i sagen Aalborg Kommune mod Energitilsynet, j.nr. 97-2311-0123, hvor Aalborg Kommunes gasforsyning, der fremførte luft og naturgas blandet i lige forhold, blev anset for omfattet af varmforsyningslovens bestemmelser. Prissætningen på naturgas reguleres af naturgasforsyningsloven, senest lovbekendtgørelse nr. 1116 af 8. november 2006 om naturgasforsyning.

virksomheden (krav om kostægthed). En differentiering efter anvendelse vil næppe kunne leve op til kravet om omkostningsægthed.<sup>27</sup>

## 5. Private eller offentlige værker

Vandforsyningen i Odense trængte på H.C. Andersens tid virkelig til en opdatering. Den oprindelige del stammede fra 1586, men var dog løbende blevet udbygget og vedligeholdt. Senest var systemet blevet kraftigt udbygget i 1790'erne. Systemet leverede ikke al for rent overfladevand gennem røret af gennemborede træstammer. Disse var hverken alt for tætte eller lagt i frostfri dybde. Da tankerne om bygasforsyning nåede til byen, benyttede man lejligheden til at projektere gasforsyningen samtidig med et nyt vandforsyningssystem ud fra et rationelt om, at man lige så godt kunne lægge to som et ledningsnetværk ned, når nu gaderne alligevel skulle graves op.

Den dag i dag deles man, hvis muligt, stadig om udgifterne for gravearbejde forskellige ledningsførte forsyningsydelse imellem.

Det blev samme firma, københavnske English, Hanssen og Vallen, der projekterede både vand- og gasværk til Odense. Men da det kom til gennemførelsen, valgte kommunen at lade vandforsyningen etableres som en kommunal forsyningsvirksomhed med ovennævnte firma som rådgivende ingeniører, mens gasforsyningen blev etableret af den private virksomhed Odense Gas Company repræsenteret af English.<sup>28</sup>

I det hele taget var det normen, at de første gasværkers etablering blev foretaget af private interesser. Dette var almen praksis i det øvrige Europa, og de private entreprenører havde fordel af knowhow, erfaring og kapital. Desuden havde kommunerne ikke tidligere beskæftiget sig med energiforsyning til borgerne.

### 5.1. Kommunal koncession

Etableringen skete dog på baggrund af kommunal koncession. Der eksisterede ingen egentlig lovgivning om etablering og drift af bygasforsyningsanlæg. Formelt set kunne alle således starte forsyningsvirksomhed. Der knyttede sig dog visse problemer til især fremføring af ledningsnettet. Skulle ledningsnettet føres over tredjemands ejendom, krævede det ejers accept. Dette gjaldt både for privat og offentlig ejendom og indbefattede således

<sup>27</sup> En prisdifferentiering kan dog være lovlig af andre grunde. F.eks. kan der i forbindelse med rekruttering af nye kunder gives en reduceret pris, hvor det også vil være fordelagtigt for den eksisterende forbrugermasse. Se hertil Konkurrenceankenævnets afgørelse af 3. december 1992, j.nr. 91-76.943.

<sup>28</sup> *Poul Thestrup m.fl.*: Odense Bys historie, bd. 6. Mod bedre tider – Odense 1789-1868, Odense 1986, s. 61-65.

også krydsning af veje og jernbaner. Skulle ledningsnettet fremføres langs eller på tværs af offentlige veje i byerne, krævede det kommunens tilladelse. Hertil kom, at gadebelysningen var en gammel kommunal opgave, og at gadebelysningen som aftager af bygas som ovenfor anført havde en stor indflydelse på gasværkets økonomi. Dermed havde kommunerne fra starten en reel indflydelse på og interesse i bygassens udbredelse.

## 5.2. Koncessionsaftaler

I koncessionsaftalen kunne indbygges mange elementer. Bl.a. blev der af kommunen ofte givet eksklusive rettigheder til at forsyne den pågældende by i et vist tidsrum. Uden risiko for konkurrence fra andre gasforsynings-selskaber kunne den private investor bedre sikre forrentning af sin investering. Lovligheden, og dermed gyldigheden, af disse eksklusive rettigheder var yderst tvivlsom. Fabriksvirksomhed (herunder et gasværk) fordrerede ved de første anlægs etablering et kongeligt privilegium (Indenrigsministeriets tilladelse). Med næringsfrihedslovens vedtagelse den 29. december 1857 var det spørgsmålet, om ikke muligheden for den slags eksklusive rettigheder reelt forsvandt. De ministerielle godkendelser fra perioden beskæftigede sig mere med kommunens forhold til gasværket. Det faldt da også umiddelbart ind under Indenrigsministeriets kompetence at tage stilling til f.eks. kommunens kontraktuelle forpligtelser til køb af gas til gadebelysning. I 1859 forsøgte Frederiksberg sig med at give Det danske Gaskompagni en 30 års eneret til at forsyne Frederiksberg bydistrikt. Det blev bremset af ministeriet, der kun ville acceptere en aftale om kommunens køb af gas til eget forbrug.<sup>29</sup> Var distributionsnettet først anlagt, ville dens karakter af naturligt monopol<sup>30</sup> dog hurtigt give gasværksejeren et faktisk monopol uanset lovligheden af en tildelt eksklusivitet.<sup>31</sup>

En yderligere sikring af investeringen kunne ske ved, at kommunen forpligtede sig til et vist minimumsaftag til en på forhånd aftalt pris. I Odense blev der indgået en kontrakt den 6. marts 1852 med 20 års eksklusivitet og et nærmere garanteret forbrug fra mindst 100 gaslamper. Prisen var fastsat på forhånd,<sup>32</sup> og kommunen udlejede ved samme lejlighed for en periode på 100 år en grund med tilhørende tilladelse til at opføre og drive et gasværk.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas, Forlaget Systime 1994, s. 85.

<sup>30</sup> Herved forstås, at udgifterne til den nødvendige infrastruktur for distribution af bl.a. energiydelse er af en sådan størrelse, at det på grund af stordriftsfordele kun er omkostningseffektivt at have ét sæt installationer, gennem hvilket opgaven kan udføres.

<sup>31</sup> *Cliff Thaudahl Hansen*: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994, s. 79 ff.

<sup>32</sup> Det gjaldt derimod ikke den pris, som private skulle betale.

<sup>33</sup> Kontrakten er optrykt som bilag til *Cliff Thaudahl Hansen*: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994.

Koncessionsaftalerne kunne også indeholde bestemmelser om, at gasværksejeren skulle svare en koncessionsafgift til kommunen, eller kommunen kunne have sikret sig et »vederlag« i form af en særlig gunstig pris på den gas, kommunen aftog. Kommunernes ret til at afkræve sådanne afgifter byggede på den betragtning, at kommunen kunne udøve visse ejerbeføjelser over de offentlige veje, og altså også udleje retten til at nedlægge ledninger i disse. Man var i et vist omfang inspireret af den såkaldte kommunesocialisme, der efter preussisk inspiration gik ud på at lade kommunerne optjene overskud på forsyningsvirksomhed, hvorfra midlerne kunne kanaliseres over til andre kommunale opgaver. Muligheden for at opkræve koncessionsafgifter blev accepteret af lovgiver ved den købstadskommunale skatte-reform, der blev gennemført ved lov af 11. februar 1863 om den Kommunale Befatning i Kjøbstæderne udenfor Kjøbenhavn og for landkommunernes vedkommende ved Lov om Landkommunernes Styrelse m.v. (landkommunalloven) af 6. juli 1867, jf. nedenfor.

I dag kan koncessionsafgifter ikke lovligt opkræves af kommunerne. Det må ses i lyset af det kommunale hvile i sig selv-princip, der nu hindrer kommunerne i at supplere skatteindtægterne med indtægter fra forsyningsvirksomhed (og at støtte samme forsyningsvirksomheder med skattefinansierede midler). Princippet indebærer dermed et krydssubsidieringsforbud mellem den skattefinansierede og den gebyrfinansierede del af kommunens økonomi.<sup>34</sup> Desuden følger det nu af vejlovgivningens gæsteprincip, der udledes af § 106 i lov om offentlige veje og § 52 i lov om private fællesveje, at kommunerne ikke kan opkræve betaling for tilstedeværelse af ledningsnet under vejarealet. Denne forståelse er tiltrådt af Højesteret i en dom fra 2003 (Københavns Kommune mod Trafikministeriet), jf. nedenfor.<sup>35</sup>

På elforsyningsområdet fortsatte betalingen af koncessionsafgifter dog frem til 1980'erne, indtil de blev stoppet af henholdsvis Elprisudvalget og Monopolankenævnet.<sup>36</sup> Også i forbindelse med andre ledningsnet har kommunerne krævet afgifter for at huse ledningsnet. Så sent som i en Højesteretsdom fra 2003 tabte Københavns Kommune en sag, hvor den havde krævet visse koncessionslignende afgifter i forbindelse med en ledningsejers

<sup>34</sup> Se generelt om hvile i sig selv-princippet i *Birgitte Egelund Olsen: Hvile i sig selv princippet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999.

<sup>35</sup> Dommen – UfR 2003.841 H – er sammen med gæsteprincippet kort omtalt i *Bent Ole Gram Mortensen: Kommunale elforsyningskoncessioner* i *Hans Viggo Godsk Pedersen (red.): Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005, s. 202 f.

<sup>36</sup> Se Monopolankenævnets kendelse af 9. november 1984 vedrørende NES A/S. Sagen er kort omtalt i *Bent Ole Gram Mortensen: Kommunale elforsyningskoncessioner* i *Hans Viggo Godsk Pedersen (red.): Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005, s. 200 f.

nedlæggelse af trækrør beregnet på telekommunikationsledninger i et vej-område, der henhørte under kommunens forvaltningsområde.<sup>37</sup>

### 5.3. Kommunale værker

Senere (fra 1856) blev mange danske værker etableret som kommunalt ejede værker. Dette var heller ikke noget specielt dansk fænomen. Det første kommunale gasværk blev etableret i Manchester i 1817.<sup>38</sup> Nyborg kom først i Danmark med et kommunalt gasværk.<sup>39</sup> Forinden havde fordele og ulemper ved kommunal eller privat ejerskab til gasværkerne været diskuteret. København nåede dog at blive den første hovedstad til at etablere eget kommunalt gasværk. Hovedstadens etablering af en gasforsyning i kommunalt regi har muligvis været til inspiration for provinsbyerne.<sup>40</sup> Kommunerne kunne også benytte sig af de overtagelsesklausuler, der ofte var indføjede i de kommunale koncessionskontrakter med private entreprenører. I gaskoncessionskontrakten fra Odense fik kommunen ret til at købe gasværket efter 10 år mod en betaling fastsat efter en nærmere defineret beregningsmetode.<sup>41</sup>

Kommunernes skattemæssige forhold kan have været medvirkende til en større interesse for kommunale værker i anden halvdel af 1800-tallet. Med den købstadskommunale skattereform, jf. lov af 11. februar 1863 om den kommunale beskatning i købstæderne udenfor København og for sognekommunernes vedkommende Lov om Landkommunernes Styrelse m. v. (landkommunalloven) af 6. juli 1867 afskaffedes repartitionssærskatte og et kasseprincip (cigarkasseprincippet) for forskellige kommunale aktiviteter. Med reformen samledes den kommunale skatteudskrivning til én skat, der skulle dække alle kommunens udgifter. I samme forbindelse blev de kommunale ledningsbundne ydelser betragtet som kontraktmæssige ydelser, der var underlagt kommunernes almindelige omfordelingskompetence.

<sup>37</sup> UfR 2003.841 H. For en kort omtale af dommen og en omtale af problemerne med kommunale energiforsyningskoncessioner, se *Bent Ole Gram Mortensen: Kommunale elforsyningskoncessioner* i *Hans Viggo Godsk Pedersen (red.): Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005, s. 190-209.*

<sup>38</sup> Se *Ernst Andersen: Administrativt tilsyn med kommunalforvaltningen*, G.E.C. Gads Forlag, 1940, s. 261, der i note 117 henviser til Fuchs i *Handwörterbuch der Kommunalwissenschaft*, 1922-bindet, artiklen: »Gemeindebetriebe«.

<sup>39</sup> *Ole Hyltoft: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systemes teknologihistorie*, 1994, s. 87.

<sup>40</sup> *Ole Hyltoft: Den lysende gas*, Forlaget Systime 1994, s. 159 ff.

<sup>41</sup> *J.O. Lang* beskriver bl.a. kontraktforhold for en række forskellige værker i sin »*Danske Gasværkers Historie*« fra 1922.



Kommunerne kunne således drive forskellige forsyningsvirksomheder mod særskilt betaling med overskud for øje.<sup>42</sup>

Motiverne til kommunernes indtog på bygasmarkedet kan have været flere. Kommunerne var i forvejen engageret i at sikre borgerne væsentlige ydelser, som f.eks. vand. Især gennem gadebelysning var kommunen storaf-tager af gas, og ville som sådan have en vis interesse i mere kontrol med leverancerne. Man kan næppe heller se bort fra et rent økonomisk motiv i form af ønsket om at kunne supplere skatteindtægterne. Således har det af Erik Harder været anført, at »Kommunernes betæneligheder ved selv at bygge gasværker var ikke af principiel karakter, men beroende på frygten for at påtage sig risikoen for noget nyt. Denne frygt veg hurtigt pladsen for en mere aktiv interesse, da det rygtedes, at de private selskaber gav over-skud, og da ydermere de første kommunale gasværker meldte sig med min-dre overskud, vandt de kommunale gasværker hurtig udbredelse«.<sup>43</sup> Samme forfatter anfører dog, at selv om de ledningsførte forsyninger havde karakter af kommunal forretningsvirksomhed, så havde de enkelte kommunalbesty-relser ikke nødvendigvis en forretningsmæssig udnyttelse af værkerne for øje.<sup>44</sup>

Gassen havde dog holdt sit indtog i Danmark forinden det første offentlige gasværk blev etableret. Fra 1818 var der hovedsagelig i København blevet installeret en række mindre private gasværker. Faktisk kunne København muligvis have fået installeret bygas på et tidligt tidspunkt og dermed været kommet før Odense som første dansk by med egentlig bygasforsyning. Den københavnske blikkenslager Johannes Irgens havde i 1814-15 kun-ne tænde to gaslamper uden for sin butik med gas fra eget private gasværk. Af frygt for sammenstimlen nedlagde politiet dog forbud herimod. I 1819 tilbød han at etablere et gasværk for hele København. Kommunen takkede dog nej. Det fik dog ikke debatten til at forstumme. I J.L. Heibergs »Kong Salomon og Jørgen Hattemager« synges:

»I København vist håbe vi  
de vil entreprenere  
et gasbelysnings-kompagni  
såvel som andet mere«.

<sup>42</sup> Se bl.a. Erik Harder: Dansk Kommunalforvaltning II. Opgaver, 1987, s. 74 f., og Birgitte Egelund Olsen: Hvile i sig selv princippet, 1999, s. 100 ff. Om kommuneskatterne før 1863, se i øvrigt Ernst Andersen: Forfatning og Sædvane 1947, s. 119 og Axel H. Pedersen i Juristen 1965.20 ff.

<sup>43</sup> Erik Harder: De kommunale opgaver. Kommunalfuldmagten, 1965, s. 110.

<sup>44</sup> Erik Harder: De kommunale opgaver, Juristforbundets Forlag, 1965, s. 111. For samme holdning, se Ernst Andersen: Administrativt tilsyn med kommunalfuldmagten, København 1940, s. 262 f.

Fra Andersens dagbøger ved vi, at han så stykket den 22. december 1825 (bind 1, s. 35). Måske havde de skelsættende begivenheder få år forinden – Københavns bombardement, Danmarks fallit og tabet af Norge – haft sin indvirkning. Johannes Irgens etablerede i stedet en række mindre anlæg beregnet til at forsyne hvert enkelt bygningsanlæg.<sup>45</sup>

## 6. H.C. Andersens optegnelser

I H.C. Andersens dagbøger er der mange henvisninger til anvendelsen af bygas,<sup>46</sup> både som gadebelysning og som belysning i bygninger. Gadebelysningen omtales ofte i lidt poetiske vendinger. Om et besøg i London noteres i bind 3, s. 216, at han »saae paa de oplyste Boutikker; hvor mange Gas Flammer ere tændte« og på s. 239 »een Gade saa man hele den bugtede Ild-Contur af ved Gaslygterne«. I august 1886 omtales i hans dagbøger, at »ved én af Byerne brændtes Blaaly« . Da havde han lige passeret Mannheim. Ligeså beskrives gaslyset i folks hjem som »en smuk Vinterhave i Huset; oplyst med Gas og gode Malerier« (bind 4, s. 439). Andre gange konstateres blot i mindre florumvundne vendinger, at gas blev anvendt til belysning. Anden anvendelse af gassen (end lysgas) synes Andersen ikke at omtale.

### 6.1. Gas i eventyr

Oplevelsen af gasgadelamper har dog tilsyneladende ikke givet sig synderligt udtryk i eller inspiration til hans eventyr. Først i samtidseventyret »Gudfaders billedbog« tager H.C. Andersen udgangspunkt i »det mærkelige år, da København fik gas i stedet for de gamle tranlygter«. Hvornår skriver han ikke nærmere, men gaslysene blev tændt i København den 4. december 1857.<sup>47</sup>

»Folk gik op og ned for at se på den nye og den gamle belysning. Der var mange mennesker og dobbelt så mange ben, som hoveder. Vægterne stod så sørgmodige, de vidste ikke når de skulle afskediges, ligesom tranlygterne; disse tænkte så langt tilbage – de turde jo ikke tænke frem. De huskede så meget fra de stille aftener og de mørke nætter. Jeg støttede mig op af en lygtepæl,« sagde Gudfader, ... Således skriver H.C. Andersen i eventyret Gudfaders billedbog.

<sup>45</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systemes teknologihistorie, 1994, s. 7 f.; *Hanne Thomsen*: Gas til nordjyderne i Nordjyllands Amt: Folkets Nordjylland, s. 89 f. og *Cliff Thaudahl Hansen*: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994, s. 15.

<sup>46</sup> På Det Kongelige Biblioteks hjemmeside findes Andersens dagbøger i elektronisk form. Herfra er henvisningerne taget.

<sup>47</sup> *Ole Hyltoft*: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, System 1994, s. 9.

De fleste gamle tranlamper er sikkert blevet smeltet om hos jernstøberen. Én dog ikke. I »Den gamle gadelygte« lader Andersen en gadelygte nyde sit otium sammen med sin vægter. Vægterne tilhørte en profession, der nu for alvor hørte fortiden og ikke fremtiden til. Ny teknologi krævede dengang som nu sine tilpasninger, og for de, det ikke magtede dette, tillige ofre.

At Andersen havde øje for tidernes omskiftning, for skiftet mellem to teknologier og dets konsekvenser er hævet over enhver tvivl. Andre steder lod man sig også inspirere af bygassens fremkomst. I »Dryaden« om verdensudstillingen i Paris i 1867 nærmest vrir det med henvisninger til gasstråler, *blålys*, gaslys, gasblus, gasflammer og gasrør. Bygassen var dog blot én af de mange teknologiske omvæltninger, der skete i Andersens århundrede. For det 19. århundrede var også maskinkraftens og dermed energiens århundrede. I eventyret om »Det nye århundredes muse« placerer Andersen musens fødsel »Midt i vor travle maskinbrusende tid«. »Vi hørte ikke [vugge]gængen for klaprende maskiner, lokomotivets piben, sprængning af materielle klipper og åndens gamle bånd. I vor store nutids fabrik er hun født, hvor dampen øver sin kraft, hvor mester Blodløs og hans Svende slider dag og nat« (således omtales industriarbejderen). Og Andersen så videre frem end blot sit eget århundrede. I eventyret »Om årtusinder« forudses en amerikansk turistinvasion: »Ja, om årtusinder kommer de på dampens vinger igennem luften hen over verdenshavet!«. Her taler Andersen om »Luftskibet«, »Luftdamperen«, »den elektromagnetiske tråd under verdenshavet ja sågar om »Kanaltunnelen til Frankrig«. Det var projekternes, visionernes århundrede.

## 6.2. Ørsted

Blandt fortalene for bygassens indførelse var en anden Hans Christian – H.C. Ørsted. Han havde muligvis allerede erhvervet kendskab til gas som lyskilde endnu før Andersens fødsel. I al fald kom H.C. Ørsted forbi Paris i 1802. Her kan han have hørt om de demonstrationer, som Philippe Lebon året før havde udført vedrørende anvendelse af gas som lyskilde i 1801. Året efter blev det i al fald omtalt i *Nyt Bibliothek for Physik*, 3. bd., 1802, s. 205-18. Ørsted deltog i 1819 i Steen A. Billes projekt vedrørende etablering af et gasværk til belysning af Strøget i København; samme år som Andersen flyttede til København. Gasprojektet blev i lighed med andre samtidige projekter dog ikke til noget. I 1848 blev H.C. Ørsted medlem af en komité, der skulle udarbejde en samlet plan for Københavns vand-, gas- og kloakvæsen. Alderen tvang dog Ørsted til at træde ud heraf før det første

møde. Ørsted nåede ikke at opleve egentlige offentlige gasværker i Danmark.<sup>48</sup>

Samme Ørsted fik stor betydning i Andersens liv. Han tilskrives æren som den første, der så genialiteten i Andersens eventyr og dertil mente, at om Andersens romaner ville gøre ham berømt, ville eventyrene gøre ham udødelig, og Ørsteds værk – Ånden i naturen – synes at have været en stor inspirationskilde for Andersen.<sup>49</sup> I »To brødre« hylder Andersen H.C. Ørsted sammen med dennes broder, juristen og politikerens Anders Sandøe Ørsted. Og også andre steder hædres H.C. Ørsted, som i »Oldefader«, hvor der blev givet to hundrede rigsdaler til hans monument og i »Om årtusinder«, hvor der tales om blandt andre Ørsteds fædreland.

## 7. Elektriciteten – bygassens afløser

Andersens fødeby var ikke blot pioner med hensyn til bygassen. I det hele var Odense en af pionererne med hensyn til offentlig forsyning af ledningsført energi. I 1907 indgik Odense en koncessionsaftale med Aktieselskabet det danske Elektricitetskompagni, Danmarks første kommercielle elforsyningsselskab. Få uger forinden havde Køge indgået den første kommunale danske elkongressionsaftale. I Køge havde en urmager siden 1891 haft et lille elværk (en blokstation), der forsynede en begrænset kreds af borgere med el ved at trække ledninger over tage og baggårde. Kunne man undgå at krydse offentlig vej med ledningerne, havde man ikke behov for offentlig tilladelse.

## 8. Fortid og fremtid

Men da elektricitetsforsyningen kom til Danmark, var Andersen død. Således oplevede han ikke en ny kamp mellem »gaskandelabre« og de nye elgadelamper. Hvor tranlamperne hurtigt synes at tabe kampen til gaslygterne, blev kampen mellem el og gas på gadeplan såvel som til så mange andre formål noget længere. Og bygassens anvendelighed til mange andre formål end belysning gav gasværkerne mange gode år. I Kolding slukkede de sidste gasgadelygter i 1958, men gassalget toppede først i 1962.<sup>50</sup> Faktisk benyttes bygas stadig en del til kogebrug (nu i konkurrence med elektricitet og naturgas), og sågar gasgadelamper eksisterer stadig,<sup>51</sup> om end mere som et kuriosum end som en praktisk foranstaltning.

<sup>48</sup> Ole Hyltoft: Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890, Systime 1994, s. 7 og 9 og 70 ff.

<sup>49</sup> Se Johannes Møllehaves introduktion i H.C. Andersen – Eventyr, Forlaget Sesam 2004, s. 27 f.

<sup>50</sup> Hanne Thomsen: Fra gas til el – gas i Kolding 1861-2005, Gasmuseet 2008, s. 14 og 80.

<sup>51</sup> Hanne Thomsen: Ren gas. Bygassens historie i Aalborg 1854-2004, Gasmuseets Forlag 2004, s. 69.

Og H.C. Andersen lader Gudfader i næstsidste afsnit sige: »Du må meget gerne vise en og anden din billedbog. Du må også nok sige, at jeg har lavet, klistret, tegnet det hele værk. Men det er en livssag, at de straks ved, hvorfra jeg har fået ideen til den. Du ved det, fortæl det. Idden skyldes de gamle tranlygter, der netop, sidste aften de brændte, viste for stadens gaskandelabre, som *fata morgana*, alt hvad der var set fra den første lygte blev tændt ved havnen, til nu København i denne aften belyses både af tran og af gas«. Således har vel også H.C. Andersen på denne aften fået inspiration til eventyret Gudfaders billedbog – en aften hvor gammelt og nyt mødtes – fortid og fremtid.

# »Equivalent Protection«

– eller historien om den europæiske menneskerettighedsdomstols håndtering af EU-rettens krav på forrang

af

*Ayo Næsborg-Andersen*

## 1. Indledning<sup>1</sup>

Den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK) forpligter i sin første artikel alle de tiltrådte stater til at sikre, at menneskerettighederne bliver overholdt inden for de respektive staters jurisdiktion. EMRK etablerer samtidig den europæiske menneskerettighedsdomstol (EMD) som den øverste domstol i sager om overtrædelse af selvsamme menneskerettigheder. Dette betyder, at borgere i Europa har ret til at påklage sager til EMD, så længe der blot er tale om en sag, der er foregået inden for en medlemsstats jurisdiktion, og de nationale klagemuligheder er udtømte.

EU har som supranational organisation (endnu) ikke tiltrådt EMRK. Til gengæld har EU fået overført jurisdiktion fra medlemsstaterne på en lang række områder, hvilket på papiret unddrager disse områder fra EMDs kontrol. Hvis staterne kun kan drages til ansvar for handlinger, der er foregået inden for deres jurisdiktion, og EU ikke kan drages til ansvar for de handlinger, som staterne har afgivet jurisdiktion over, står man med et potentielt ret stort hul i beskyttelsen af menneskerettighederne. Dette hul bliver set fra en menneskeretlig vinkel ikke mindre problematisk af, at Kul- og Stålnationen, som siden udviklede sig til det EU, vi kender i dag, udelukkende var tænkt som et økonomisk samarbejde, og som sådan overhovedet ikke tiltænkt nogen rolle i beskyttelsen af menneskerettighederne. Menneskerettighederne var derfor ikke en naturlig del af Unionens traktatgrundlag, og dens domstol nægtede i de første mange år overhovedet at tage stilling til, hvorvidt menneskerettighederne var blevet overtrådt. Derudover er det ikke nogen hemmelighed, at EUs domstol helt tilbage fra *Costa ENEL* i 1964 har

<sup>1</sup> Artiklen er et lettere omskrevet uddrag af mit speciale: Menneskerettigheder i EU efter Lissabontraktaten – en retsdogmatisk analyse af forholdet mellem EU-domstolen og den europæiske menneskerettighedsdomstol, afleveret og bedømt ved Juridisk Institut, SDU, juni 2010.

insisteret på, at Fællesskabsretten skal have forrang for national lovgivning, herunder både nationale forfatninger og indgåede internationale forpligtelser som f.eks. EMRK.<sup>2</sup>

På den ene side har vi altså en europæisk supranational organisation, EU, som ikke traditionelt tager hensyn til menneskerettigheder, men til gengæld insisterer på at have forrang over for stort set alt andet, og da i hvert fald andre internationale konventioner. På den anden side har vi en overnational domstol, der skal skabe fælles minimumsgarantier for beskyttelsen af menneskerettigheder i hele Europa, men hvis indflydelse på, og især jurisdiktion over EU, er tvivlsom. Dette kunne potentielt underminere EMDs autoritet, hvilket bestemt ikke kan siges at være til fordel for EMD, og dermed heller ikke EMRK. Hvordan EMD har håndteret dette problem skal vi se gennem en analyse af retspraksis, og vi starter helt tilbage i 1958.

## 2. Retspraksis

### 2.1. *X & X v. Germany*: Lex prior

EMD udtalte i 1958 i *X & X v. Germany*, at hvis en kontraherende stat påtog sig internationale forpligtelser, som stred imod EMRK, ville staten på trods heraf stadig være ansvarlig for at overholde EMRK.<sup>3</sup> Hermed tilsluttede EMD sig et *lex prior* princip,<sup>4</sup> som det er udtrykt i Wienerkonventionen til traktaters fortolknings artikel 59, hvorefter en traktat udtrykkeligt skal suspenderes for ikke at gælde længere.<sup>5</sup> Som Jonas Christoffersen påpeger, er dette et ret upraktisk og uflexibelt princip at arbejde med, når den moderne verden er så præget, som den er, af multilaterale aftaler på kryds og tværs.<sup>6</sup> EMD har da også sidenhen bestræbt sig på at løse konflikter mellem EMRK og andre traktater på mindre bastante måder end ved blot at erklære suveræniteten på baggrund af anciennitet.

### 2.2. *CFDT*: Ingen jurisdiktion, men gerne inspiration

I *CFDT v. EC and Member States* fra 1979 afviste EMD, at den havde jurisdiktion i en sag mod EF og medlemsstaterne. Sagen drejede sig om, hvorvidt en sammenslutning af minearbejdere var blevet uretmæssigt forhindret i at blive repræsenteret over for Rådet. EMD fandt, at EF i sig selv

<sup>2</sup> *Flaminio Costa v. ENEL*, Case 4/64, 15.7.1964.

<sup>3</sup> Dommen er utrykt, men genfortalt i Douglas-Scott, Sionaidh (2006): *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, *Common Market Law Review*, 43:629-665 s. 636.

<sup>4</sup> *Lex prior degat legi posterior*: Senere lovgivning må vige for tidligere aftaler.

<sup>5</sup> Se også Christoffersen, Jonas (2009): *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers s. 321.

<sup>6</sup> *Ibid.* s. 322.

var undtaget fra EMDs jurisdiktion, da det ikke var medlem af EMRK, og hvad angik medlemsstaterne, fandt man ikke, at de i den konkrete sag havde udøvet deres jurisdiktion iht. artikel 1 i EMRK.<sup>7</sup> EMD så sig derfor nødsaget til at afvise sagen uden at tage stilling til det konkrete indhold, altså en afgørelse udelukkende baseret på *ratione personae*-overvejelser.<sup>8</sup> Det er dog værdt at bemærke, at EMD omhyggeligt undgik at afskære eventuelle fremtidige kollektive søgsmål mod EUs medlemsstater med sin meget konkrete begrundelse.

Derefter gik der igen mange år, hvor EMD stort set ikke udtalte sig om EF. Vi skal helt frem til *M & Co.* i 1990, før den næste vigtige dom kom.

### 2.3. *M & Co*: Equivalent protection

Spørgsmålet i *M & Co* var, hvorvidt Tyskland var forpligtet til at overholde EMRKs artikel 6 (retten til en retfærdig rettergang) ved implementeringen af en EF forordning. Den underliggende problemstilling var, om Tyskland var forpligtet til selv at undersøge, om forordningen overholdt artikel 6, eller om det faktum, at Tyskland havde overført sin suverænitet på det konkrete område til EF, friholdt landet fra at foretage sig yderligere. Derudover var det også et spørgsmål, om EMD havde jurisdiktion til at undersøge implementeringslovgivning. EMD startede med at gentage *lex prior* henvisningen fra *X & X*, og modererede den derefter med følgende ord:

»The Convention does not prohibit a Member State from transferring powers to international organisations. Nonetheless [...] a transfer of powers does not necessarily exclude a State's responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers. Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective [...] Therefore the transfer of powers to an international organisation is not incom-

<sup>7</sup> *Confederation Francaise Democratique de Travail v. The European Communities, alternatively: Their Member States a) jointly and b) severally*, 8030/77, 10. juli 1978 s. 236-240.

<sup>8</sup> EMD opdeler ofte behandlingen af sagerne i henholdsvis materielle og formelle overvejelser. De materielle overvejelser (*ratione materiae*) handler om de konkrete hensyn eller faktorer, der skal afvejes over for hinanden, med andre ord om hensynet til individet eller hensynet til fællesskabet/staten vejer tungest i den konkrete sag. De formelle overvejelser (*ratione personae*) er derimod forhold, som egentlig ikke vedrører den konkrete sag, nemlig institutionelle forhold, herunder især forholdet mellem nationale og internationale myndigheder, samt hvorvidt domstolen har jurisdiktion til at dømme den anklagede stat og/eller institution.



patible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an *equivalent protection*.«<sup>9</sup>

Hermed opstod den såkaldte *equivalent protection* doktrin: EMRK skal overholdes, uanset hvilke organisationer et land har tilsluttet sig, ellers kunne EMRK blive tømt for indhold og ikke længere fungere efter hensigten. Men så længe den internationale organisation generelt beskytter menneskerettighederne lige så godt, som EMD selv ville have gjort, er der ikke grund til underkaste de enkelte reguleringer nærmere undersøgelse. Det er ikke tilfældigt, at ræsonnementet bag denne doktrin minder om de tyske Solange domme – EMD var nemlig blevet inspireret af den tyske forfatningsdomstol til at finde en lignende løsning på det, som i bund og grund er det samme problem:<sup>10</sup> Hvordan håndterer man, at forskellige domstole har overlappende jurisdiktion? Ved at vælge *equivalent protection* løsningen fastholdt EMD, at EMRK var bindende, også selv om landets suverænitet på visse områder var overført til EF. Samtidig gav den plads til, at Domstolen kunne blive ved med at behandle EF-retten som et selvstændigt retsområde.<sup>11</sup> Da EMD fandt, at Domstolens behandling af de grundlæggende rettigheder i denne sag var en *equivalent protection*, og at EMD dermed ikke havde jurisdiktion over *ratione materiae*, var det i realiteten en meget lidt konflikt-søgende løsning, om end den indeholdt en kerne af urokkelighed.

#### **2.4. Judicielle forespørgsler: Respekt for EFs særegenhed**

EMD har i det hele taget udviklet en tradition for at udvise respekt for EF/EUs særegne retssystem.<sup>12</sup> Således nægtede EMD i *Pafitis* i 1998 at medregne den tid, som EU-domstolen (herefter Domstolen) brugte på behandlingen af en præjudiciel forespørgsel, i vurderingen af, hvorvidt en rets-sag havde taget uforholdsmæssig lang tid:

»The Court cannot, however, take this period into consideration in its assessment of the length of each particular set of proceedings: even though it may at first sight appear relatively long, to take it into account would adversely affect the system instituted by Article 177 of the EEC Treaty [nu Artikel 267 TEUF] and work against the aim pursued in substance in that Article.«<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Citat: *M & Co v. The Federal Republic of Germany*, 13258/87, 9. februar 1990 – THE LAW, 4. sidste afsnit. (min fremhævelse).

<sup>10</sup> Christoffersen s. 332.

<sup>11</sup> Se f.eks. Costello, C. (2006): The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe, *Human Rights Law Review*, 6:1, 87-130 s. 91.

<sup>12</sup> EF blev i 1993 omdannet til EU med vedtagelsen af Maastricht-traktaten.

<sup>13</sup> *Pafitis and Others v. Greece*, 163/1996/782/983, 26. februar 1998 p. 95.

Artikel 267 TEUF (som ikke er ændret afgørende ift. den daværende Maastricht-traktats artikel 177) siger, at Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål. Som EMD ganske rigtigt påpegede, ville det modarbejde hele formålet med de præjudicielle forespørgsler, hvis de nationale domstole undlod at rette henvendelse til Domstolen om sådanne af frygt for, at det skulle forlænge sagsbehandlingen unødigt. Sagen blev altså endnu en gang afgjort på baggrund af materielle overvejelser og ikke på spørgsmålet, om EMD rent formelt havde jurisdiktion over for EU-retten.

Derudover har EMD også udtalt i *Soc Divagsa*, at en national domstols undladelse af at foretage en ellers påkrævet præjudiciel forespørgsel til Domstolen i sig selv kunne udgøre et brud på EMRKs artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang.<sup>14</sup> Og ikke nok med det, så kan det også være et brud på EMRK, hvis staten ikke efter en sådan præjudiciel forespørgsel følger Domstolens vurdering.<sup>15</sup> EMD vil med andre ord ikke blande sig i Domstolens arbejdsgang og anerkender de præjudicielle forespørgsler som en vigtig del af den lim, der holder EF-systemet sammen.

### **2.5. Procola og Cantoni: Knivene skærpes**

Forholdet mellem Domstolen og EMD var dog ikke kun en dans på roser. Domstolen (og dermed også EU) fik generelt lov til at køre sit eget løb uden kommentarer fra EMD, men på den underforståede betingelse, at der skal være en *equivalent protection*. Således foretog EMD i 1995 i *Procola* en vurdering af, hvorvidt en EU-regulering af mælkekvoter var et indgreb i ejendomsretten som beskyttet i EMRK TP 1, artikel 1:

»The payment of an additional levy to the national authorities could be construed as a deprivation of possessions within the meaning of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), and the right to peaceful enjoyment of one's possessions is undoubtedly a civil right.«<sup>16</sup>

EMD vurderede altså, at der var tale om et indgreb, selv om sagens kerne ikke handlede om dette. Det var derimod et spørgsmål, om artikel 6 var blevet overtrådt, altså hvorvidt *Procola* havde haft foretræde for en uvildig domstol. Derfor gik EMD ikke videre i analysen af krænkelsen af ejendomsretten – den analyse var kun en nødvendig forudsætning for at kunne vurdere overtrædelsen af artikel 6, som ikke i sig selv havde noget med EU at gøre. Ikke desto mindre var den et tegn på, at EMD ikke holdt sig tilbage fra at vurdere, hvorvidt EMRK var blevet overtrådt af EUs reguleringer.

<sup>14</sup> *Divagsa Company v. Spain*, 20631/92, 12. maj 1993 s. 279.

<sup>15</sup> *Hornsby v. Greece*, 18357/91, 9. februar 1990 p. 45.

<sup>16</sup> Citat: *Procola v. Luxembourg*, 14570/89, 28. september 1995 p. 39.

I 1996 kom EF-Domstolens udtalelse 2/94, hvor det hed, at EU som institution ikke på daværende traktatgrundlag kunne tiltræde EMRK. I betragtning af, at Domstolen på daværende tidspunkt allerede brugte EMRK i sin praksis, og at den ikke just er kendt for at holde sig tilbage fra udvidende traktatfortolkninger, var det en bemærkelsesværdig konklusion. Umiddelbart derefter kom en dom fra EMD, der muligvis kunne ses som en reaktion på denne udtalelse, nemlig *Cantoni v. France*.<sup>17</sup>

Spørgsmålet var her, hvorvidt Frankrig kunne gøres ansvarlig for en lovtekst, der ord for ord var identisk med det EU-direktiv, det implementerede. Direktivet i sig selv vurderede EMD ikke at have jurisdiktion til at udtale sig om, men om implementeringsloven hed det:

»The fact, pointed to by the Government, that Article L. 511 of the Public Health Code is based almost word for word on Community Directive 65/65 [...] does not remove it from the ambit of Article 7 of the Convention.«<sup>18</sup>

At EMD ved at vurdere implementeringslovens overensstemmelse med EMRK også indirekte kom til at vurdere EU-direktivet, kunne således ikke afskrække EMD. Det kunne godt være, at EU ikke ifølge Domstolen var direkte underlagt EMD, men det holdt ikke EMD tilbage, når det handlede om medlemsstaternes overholdelse af EMRK.

EMD havde således nu udtalt, at den havde jurisdiktion til at vurdere både 1) hvorvidt national lovgivning med oprindelse i EU er i overensstemmelse med EMRK samt 2) om Domstolen giver *equivalent protection* af en given rettighed. EMD insisterer således stadig på *lex prior* ift. EU, om end den afholder sig fra at underkaste EUs reguleringer direkte undersøgelse. Spørgsmålet om, hvorvidt *equivalent protection*-doktrinen betød, at EMD aldrig ville foretage en sådan undersøgelse, blev besvaret med *Matthews v. UK* i 1999.

## **2.6. *Matthews*: Ansvar forsvinder ikke med overførsel af suverænitet**

Denne dom indtager en fremtrædende plads i historien om EMDs syn på EU-retten, især fordi EMD her for første gang faktisk undersøgte, hvorvidt en bestemmelse i den daværende EF-traktat var i overensstemmelse med EMRK.

*Matthews* handlede om stemmeret til EU-Parlamentet, specifikt hvorvidt engelske statsborgere bosat på Gibraltar havde ret til at deltage i disse valg. Det fremgik således af EF-traktaten, at vælgerne havde ret til at deltage, men Gibraltar var af Storbritannien blevet holdt udenfor, da det engelske valgsystem ikke var indrettet til at håndtere en vælgerskare af Gibaltars

<sup>17</sup> Douglas-Scott s. 637 n. 38.

<sup>18</sup> Citat: *Cantoni v. France*, 17862/91, 22. oktober 1996 p. 30.

størrelse. Matthews påstod, at nægtelsen heraf var et brud på EMRKs til-lægsprotokol 1, artikel 3, som garanterer borgerne ret til at deltage i direkte valg. Dette betød, at EMD bl.a. skulle tage stilling til, hvorvidt Storbritanni-en kunne holdes ansvarlig på grundlag af, jf. EMRK, for de manglende di-rette valg til Europaparlamentet på Gibraltar.

EMD begyndte med endnu engang at bekræfte, at EUs lovgivning ikke direkte kan prøves ved domstolen, da EU ikke er medlem af konventionen. Dette betød dog ikke, at sagens *ratione materiae*, det materielle indhold, var undtaget fra EMDs jurisdiktion:<sup>19</sup>

»In particular, the suggestion that the United Kingdom may not have effective control over the state of affairs complained of cannot affect the position [that the United King- dom is required to »secure« the rights in Article 3 of Protocol No. 1], as the United King- dom's responsibility derives from its having entered into treaty commitments subsequent to the applicability of Article 3 of Protocol No. 1 to Gibraltar.«<sup>20</sup>

Storbritannien holdes altså ansvarlig for indholdet af EU-traktaten over for EMD på baggrund af *lex prior*-princippet: EMRK kom først, og derfor spil-ler det ingen rolle, at Storbritannien i realiteten ikke har indflydelse på, hvordan den relevante del af EU-traktaten tolkes i praksis.

Dommerne konstaterede også, at Domstolen ikke havde kompetence til at underkaste den relevante bestemmelse i EU-traktaten nærmere undersøgel- se.<sup>21</sup> Dette ser ud til at have været det afgørende punkt for EMD.<sup>22</sup> TP 1 ar- tikel 3 giver nemlig if. dommerne den enkelte stat en bred skønsmargen, men den er ikke så bred, at retten til at få prøvet, om rettigheden er blevet overtrådt, kan afskaffes.<sup>23</sup>

Man kan bl.a. udlede følgende konklusioner fra dommen: EU skal if. EMD overholde EMRK (en holdning, der i øvrigt deles af Domstolen), og EMD kan overvåge, hvorvidt EUs reguleringer overtræder EMRK, når de bliver implementeret. Som Lenaerts påpeger:

»The judgment looks »classical« at first sight in that it confirms implicitly the »equiva- lent protection« test excluding direct European Community acts subject to judicial review inside the Community legal order. But, at the same time, the judgment indicates that in the absence of any such possibility of judicial review the European Union Member States

<sup>19</sup> *Matthews v. The United Kingdom*, 24833/94, 18. februar 1999 p. 33.

<sup>20</sup> Citat: *ibid.* p. 34.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 33.

<sup>22</sup> Se også Costellos. 93.

<sup>23</sup> *Matthews* p. 64.

may be held responsible under the Convention for any infringement of the provisions of the latter resulting from »international instruments which [they] freely entered into.«<sup>24</sup>

Nu er *equivalent protection*-doktrinen altså blevet udbygget til specifikt at indeholde en garanti for judiciel kontrol. Hvis ikke en mulig overtrædelse af en rettighed, der er beskyttet af EMRK, kan indbringes for en uafhængig domstol, forbeholder EMD sig ret til at foretage kontrollen selv. Dermed har EMD tilsyneladende etableret sig selv på toppen af menneskerettighedshierarkiet.<sup>25</sup> Samtidig har EMD vurderet at være i besiddelse af jurisdiktion til at overvåge de enkelte landes implementering af EU-traktaten ift. menneskerettighedsbeskyttelsen. Om man så også kan stævne samtlige medlemsstater på én gang for EMD, og dermed prøve selve EU-lovgivningen, er dog på dette tidspunkt stadig et åbent spørgsmål. Et eksempel på, at spørgsmålet har været tæt på at blive besvaret, uden dog at komme frem til et konkret resultat, kan findes i den næste afgørelse:

### **2.7. Senator Lines: En undgået konflikt**

Dette var en sag for EMD, der var anlagt mod samtlige medlemsstater, og også antaget til behandling. Den handlede kort fortalt om et tysk firma, der var blevet idømt en bøde for overtrædelse af EUs konkurrenceregler. Firmaet indklagede sagen for Retten i 1. instans ved EU og søgte samtidig om suspension af betaling af bøden, indtil sagen var afgjort. Retten nægtede at give suspension, hvilket gjorde, at firmaet indklagede samtlige EUs medlemsstater for EMD med påstand om, at firmaets ret til retfærdig rettergang if. EMRK art. 6 var blevet krænket. Imidlertid nåede Retten at afgøre sagen og annullere bøden inden EMDs storkammer nåede at færdigbehandle klagen. Derfor afviste EMD sagen med henvisning til, at der ikke var sket nogen skade, da firmaet jo ikke skulle betale bøden.<sup>26</sup> Endnu en gang blev en sag mod EU altså afgjort på rent materielle overvejelser, uden at EMD behøvede at tage stilling til *ratione personae*.

### **2.8. Bosphorus: FNs sikkerhedsrådsresolutioner over for EMRK**

Sagaen om det tyrkiske luftfartsselskab Bosphorus, der i Irland fik konfiskeret et fly på baggrund af et EU-direktiv, som var en implementering af en

<sup>24</sup> Citat: Lenaerts, Koen (2000): Fundamental Rights in the European Union, *European Law Review*, 25:575-600 s. 585.

<sup>25</sup> Canor, Iris (2000): Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?, *European Law Review*, 25:1, 3-21 s. 3.

<sup>26</sup> *Senator Lines Grand Chamber Decision as to the Admissibility of Application no. 56672/00 by Senator Lines GMBH against Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom, 10. marts 2004 – D.*

Sikkerhedsrådsresolution fra FN og endte med at få sagen behandlet af EMD, er lang og kompliceret og involverer adskillige retssager. For at forstå resultatet er det nødvendigt at kende til handlingsforløbet, hvorfor vi starter med et referat:

I april 1992 lejede Bosphorus to fly fra det statsejede jugoslaviske luftfartsselskab. På dette tidspunkt var der udbrudt krig på Balkan, og FNs Sikkerhedsråd havde derfor vedtaget en række sanktioner over for Jugoslavien i et forsøg på at stoppe begivenhederne. Heriblandt var resolution 820 fra 1993, der bl.a. pålagde alle stater at beslaglægge fly, der befandt sig på deres territorium, hvis de var under jugoslavisk ejerskab og/eller kontrol.<sup>27</sup> Denne resolution blev implementeret i EU som forordning 990/93, og det var på baggrund af denne, at de irske myndigheder i maj 1993 beslaglagde det ene af de to fly, da det var på værksted i Dublin. Bosphorus påklagede denne beslutning til de irske domstole, bl.a. under påberåbelse af at lejen for flyene blev indbetalt på en lukket konto og således ikke kunne komme på jugoslaviske hænder, så længe sanktionerne blev opretholdt, hvilket var i overensstemmelse med instruktionerne fra FN.

Den irske domstol ophævede beslaglæggelsen, men denne afgørelse blev af myndighederne appelleret til højesteretten, som besluttede sig for at sende en præjudiciel forespørgsel til Domstolen, om beslaglæggelsen havde været i overensstemmelse med forordningen. Dette spørgsmål blev svaret bekræftende af Domstolen, der ikke fandt, at der var grund til at afvige ordlyden i resolution 820. Til Bosphorus' påstand om, at indgrebet var i strid med menneskerettighederne svarede Domstolen:

»Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis skal de af Bosphorus Airways paaberaabte grundrettigheder ikke behandles som absolutte forrettigheder, og udøvelsen af disse rettigheder kan underkastes begrænsninger, som er begrundet i de formaal, som Fællesskabet forfølger i almenhedens interesse.«<sup>28</sup>

Domstolen foretog således en proportionalitetsafvejning og fandt, at Bosphorus' rettigheder vejede mindre tungt end hensynet til at stoppe krigen, hvilket i øvrigt var i overensstemmelse med generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, der byggede på en grundig gennemgang af EMDs praksis på området.<sup>29</sup> Derefter så den irske højesteret ikke andre muligheder end at opretholde beslaglæggelsen, og dermed sluttede sagen i første omgang.

<sup>27</sup> UNSC Res. 820, p. 24.

<sup>28</sup> Citat: *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS mod Minister for Transport, Energy and Communications m. fl.*, sag C-84/95, 30. juli 1996 p. 21.

<sup>29</sup> *Jacobs, Francis (1998): Opinion, in: Guild and Lesieur: The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights – Who Said What, When?, London: Kluwer Law International 91-96 p. 51-67.*

Bosphorus' leje af flyet udløb i 1996, og flyet blev returneret til det jugoslaviske luftfartsselskab i 1997 efter ophævelsen af sanktionerne.

Hele forløbet blev af Bosphorus i 1997 indklaget til EMD med påstand om, at beslaglæggelsen havde været et brud på ejendomsretten som beskyttet af EMRK TP 1, art 1. Irland nedlagde afvisningspåstand med henvisning til, at en EU-forordning ikke var omfattet af EMRK jf. artikel 1 i denne, som sagde, at:

»The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.«<sup>30</sup>

Til forskel fra de tidligere sager for EMD var der nemlig her tale om en forordning, der per definition er direkte gældende i medlemsstaterne, og derfor ikke skal implementeres via national lovgivning. Da der således ikke var nogen relevant irsk lovgivning at bedømme, havde Irland, og dermed også EMD if. den irske påstand, ikke jurisdiktion.<sup>31</sup>

Dette argument blev afvist af domstolen i 2001, da EMD besluttede, at den ikke kunne finde grundlag for ikke at behandle sagen, samt at selve sagens fakta var så sammenblandet med jurisdiktionsdiskussionen, at det var mest relevant at behandle begge dele samlet.<sup>32</sup> Derefter blev sagen henvist til EMDs storkammer, som afsagde dom i 2005.

Storkammeret behandlede først, hvorvidt der var jurisdiktion, og fandt uden videre diskussion, at den omtalte jurisdiktion i art. 1 skulle forstås som en territorial jurisdiktion. Da hele sagen havde udspillet sig på irsk territorium, og da det var de irske myndigheder, der havde foretaget beslaglæggelsen, var den uden videre omfattet af den irske jurisdiktion, og derfor kunne Irland holdes ansvarlig for EMD. Der var dermed jurisdiktion på baggrund af både *ratione materiae*, *ratione personae* samt territoriale overvejelser (*ratione loci*).<sup>33</sup>

På den ene side har EMD altså nu EU, der ikke kan stilles for en menneskeretsdommer, heller ikke selvom dens lovgivning måtte stride direkte mod EMRK. På den anden side står de enkelte medlemslande, der uden videre kan holdes ansvarlige for konsekvenserne af EUs lovgivning, hvis blot der er tale om handlinger foretaget på deres territorium.

EMD har tradition for at overlade en vis skønsmargen til de enkelte lande ved vurderingen af, hvorvidt et evt. indgreb i en rettighed var berettiget. I

<sup>30</sup> EMRK art. 1.

<sup>31</sup> *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS against Ireland, Admissibility decision, 45036/98, 13. september 2001.*

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS against Ireland, 45036/98, 30. juni 2005 p. 136.*

analysen af, hvorvidt Irland havde overskredet denne skønsmargen, konkluderede domstolen, at Irlands hovedformål med beslaglæggelsen havde været at efterleve EU-forordningen, og at dette var et legitimt hensyn, der måtte tillægges betydelig vægt. Dette begrundede dommerne med at henvise til de generelle folkeretlige principper, herunder specifikt *pacta sunt servanda*, samt den voksende betydning af internationalt samarbejde. Hvis dette samarbejde skulle have en chance for at fungere, måtte man også anerkende, at der var retningslinjer for samarbejdet, der skulle efterleves – en betragtning, der havde betydelig vægt ift. EU.<sup>34</sup>

For at kunne forene *lex prior*-doktrinen, hvorefter medlemslandene stadig var forpligtet til at overholde EMRK, selv om de havde overført suverænitet til andre internationale organisationer som EU, med de overstående betragtninger om landenes pligt til at efterleve EUs reguleringer, faldt EMD tilbage på en gammel kending: *Equivalent protection*-doktrinen fra *M & Co.*<sup>35</sup> Så længe EMD således vurderede, at der var en formodning for, at EU gav en lige så god (men ikke nødvendigvis fuldstændig enslydende) beskyttelse af menneskerettighederne som EMD, ville domstolen betragte medlemslandenes forpligtelser iht. EU som værende i overensstemmelse med EMRK. Denne formodning ville dog vige, hvis EMD fandt, at EMRK var blevet åbenlyst overtrådt. I så tilfælde ville den internationale organisations interesser nemlig blive overtruffet af EMRKs rolle som en art forfatningsdomstol, der er berettiget til at håndhæve EMRK ift. både national og supranational lovgivning.<sup>36</sup>

Med denne konstatering gav EMD sig i kast med at vurdere, hvorvidt der stadig bestod en formodning for, at EU generelt opfyldte betingelserne for *equivalent protection*-doktrinen. I den forbindelse er det værd at bemærke, at EMD bl.a. inddrog EUs endnu ikke-juridisk bindende charter for grundlæggende rettigheder som argumentation for, at EU havde til hensigt at beskytte menneskerettighederne.<sup>37</sup> EMD fandt således, at der samlet bestod en generel formodning for *equivalent protection*.

I den efterfølgende analyse af hvorvidt doktrinen konkret kunne formodes at være overholdt i denne sag, bemærkede EMD bl.a., at Domstolen havde udviklet en tradition for at benytte EMDs egen praksis og henviste herefter til generaladvokat Jacobs udtalelse i samme sag, hvor det hed, at en EU-regulering ikke kunne betragtes som værende gyldig, hvis ikke den overholdt de grundlæggende rettigheder.<sup>38</sup> Da dommerne herefter fandt, at EUs egne kontrolmekanismer, navnlig Domstolen, havde udført deres rolle som

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 150.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 155.

<sup>36</sup> Citat: *ibid.* p. 156.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 159.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 166.



foreskrevet af EU selv, var der ikke grund til at formode, at der var sket en åbenlys overtrædelse af menneskerettighederne.

Da EU således opfyldte kravene til *equivalent protection*, og Irland blot havde fulgt EUs anvisninger ved beslaglæggelsen, konkluderede EMD, at Irland ikke havde krænket Bosphorus' ejendomsret.

Inden vi forlader denne sag, er det værd at kaste et blik på EMDs vurdering af EUs kontrolmekanismer. Dommerne erkendte nemlig, at individer kun har en særdeles begrænset ret til at føre en sag for Domstolen – en ret, der ellers er en stor del af grunden til, at EMRK har fået så stor betydning og giver så bred en beskyttelse, som tilfældet er. EMD understregede imidlertid, at de nationale domstole spiller en stor rolle i beskyttelsen af individets rettigheder, og da de nationale domstole kan (og skal) benytte sig af præjudicielle forespørgsler, må det betragtes som værende »equivalent« til EMRKs system, da Domstolen derved får mulighed for at kontrollere overholdelsen af menneskerettighederne ved implementeringen af EU-reguleringer.<sup>39</sup> I den forbindelse er det også værd at bemærke, at ud af stor-kammerets 17 dommere erklærede de 7 sig uenige i denne tolkning, om end de var enige i selve dommens resultat. Mindretallet påpegede således bl.a., at den præjudicielle forespørgsel ikke kunne sammenlignes med en mulighed for appel, idet en sådan forespørgsel forekommer som led i selve sagen og udelukkende på foranledning af domstolene selv. Individet har således ikke indflydelse på, om der bliver foretaget en præjudiciel forespørgsel og dermed heller ikke på, om Domstolen tager stilling til beskyttelsen af menneskerettighederne.<sup>40</sup>

Seks af de dissenterende dommere påpegede også, at tærsklen for, hvornår EMD ville skride ind, den såkaldte »åbenlyse overtrædelse«, var en høj tærskel set i forhold til EMDs normale praksis. I den forbindelse inddrog dommerne charteret for grundlæggende rettigheder og påpegede, at selv om det ikke (endnu) var juridisk bindende, var det bl.a. bygget på EMRK på en sådan måde, at EMRK repræsenterede minimumsbeskyttelsen. Derfor virkede det besynderligt, at EMD ville tillade EU at have en potentielt lavere standard end den, som EMD selv tillod landene at have.<sup>41</sup>

Hvis man kaster et blik bagud, synes den afgørende forskel på *Matthews* og *Bosphorus* at være, at reguleringen i *Matthews* ikke kunne underkastes nogen form for intern kontrol af EUs vanlige kontrolmekanismer, herunder navnlig Domstolen. Teoretikerne diskuterede indgående, hvorvidt *Matthews* skulle betragtes som undtagelsen eller reglen; var dommen udtryk for, at EMD så sig selv som værende over EU i det internationale retlige hierarki, eller var der snarere tale om, at EMD så sig selv som en parallel institution

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 164-165.

<sup>40</sup> *Ibid. concurring opinion of Rozakis et al.* p. 3.

<sup>41</sup> *Ibid. concurring opinion of Rozakis et al.* p. 4.

og var villig til at lade EU køre sit eget løb, så længe der blot ikke opstod åbenlyse huller i beskyttelsen af menneskerettighederne?<sup>42</sup> *Bosphorus* synes at tyde på, at EMD er villig til ikke at være den eneste autoriserede fortolker af EMRK, så længe et vist bundniveau af beskyttelse er overholdt.

På overfladen kan dette se ganske tilforladeligt ud, da EMD jo fastholder en vis minimumsbeskyttelse, uanset hvem der er ansvarlig for at udstede en regulering. Ved nærmere eftertanke kan det dog vise sig at være problematisk – ved at overføre suveræniteten til EU har medlemsstaterne nemlig også overført det medfølgende ansvar over for EMRK. EU kan som bekendt ikke (endnu) stilles til ansvar ved EMD, hvilket medfører, at der opstår en udhuling af EMDs jurisdiktion – og selv om Domstolen i høj grad overvåger, at EU-reguleringerne overholder de grundlæggende rettigheder, er det ikke ensbetydende med, at beskyttelsen bliver den samme på disse områder, som den ville have været, hvis EMD havde vurderet sagerne.<sup>43</sup> Sammenlagt bliver der altså muligvis tale om en svagere beskyttelse.

### 3. Konklusion

Som afslutning på gennemgangen kan det konkluderes, at EMD gennem tiden har udvist en stor tilbageholdenhed ift. overhovedet at behandle sager, der vedrører EU. Helt undgået disse sager har EMD dog ikke, og man kan derfor af praksis udlede følgende retningslinjer:

1. Når medlemsstaten selv kan bestemme, hvordan den implementerer EU-reguleringer, behandler EMD sagen som om, der var tale om almindelig national lovgivning (*Cantoni*).
2. Når medlemsstaten ingen indflydelse har på implementeringen af EUs reguleringer, undersøger EMD, om EU har såkaldt *equivalent protection*. Så længe dette er tilfældet, vil EMD formode, at EMRK er overholdt, når blot der ikke er tale om en åbenlys overtrædelse af menneskerettighederne (*M & Co, Bosphorus*).
3. Hvis EMD finder, at der ikke er tale om *equivalent protection*, vil EMD selv underkaste reguleringerne nærmere undersøgelse, og om nødvendigt finde, at der er tale om brud på EMRK (*Matthews*).

EMD holder således de enkelte medlemslande ansvarlige for handlinger, der er foregået inden for deres territorium, uanset om handlingerne skyldes beslutninger, som er truffet af EU. Dermed har EMD fundet en løsning på problemet med overførsel af suveræniteten; selv om en medlemsstat har overført suveræniteten til EU, kan den ikke helt fraskrive sig ansvar ift. EMRK.

<sup>42</sup> Se bl.a. Canor s. 3 og Lenaerts s. 584-585.

<sup>43</sup> Van Dijk, Peter: *Comments on the accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights*,

<[http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL\(2007\)096-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL(2007)096-e.asp)>, 14.5.2010.

Man kan dog diskutere, hvorvidt denne løsning er helt tilfredsstillende set fra EMDs side. Man behøver således ikke at lede længe for at finde intern kritik, det ses nemlig bl.a. i dissensen til *Bosphorus*, hvor det bl.a. blev påpeget, at det krav om en »åbenlys overtrædelse«, som er indeholdt i *equivalent protection* doktrinen, er en høj tærskel set ift. EMDs normale praksis. Selv om EMD altså sikrer, at EU garanterer en nogenlunde acceptabel overholdelse af EMRK, er det stadig en mildere praksis end den, der bliver håndhævet over for de enkelte medlemsstater. Når man samtidig tager i betragtning, at EMD formelt ikke har nogen form for jurisdiktion over EU, er det dog ikke så besynderligt, at EMD har trådt varsomt. Tværtimod kan man argumentere for, at *equivalent protection* doktrinen er udtryk for en pragmatisk realitetssans – EU havde nok ikke accepteret en strengere doktrin, og på denne måde fik EMD trods alt stadig det sidste ord, og beholdt dermed sin position som øverste domstol for menneskerettigheder i Europa.

Med Lissabontraktatens vedtagelse, og EUs dermed forhåbentligt snarlige tiltrædelse af EMRK, er der udsigt til en ny retstilstand, hvor EMD helt officielt bliver den øverste instans for menneskerettighedsspørgsmål i Europa. Det er dog denne forfatters overbevisning, at vi ikke i første omgang vil se voldsomme ændringer i EMDs holdning til EU. EMD har nemlig i tidens løb udvist en stor grad af forståelse og respekt for EUs særegenheder, især ved udviklingen af *equivalent protection* doktrinen, og man må gå ud fra, at denne forståelse vil blive bevaret, selv om EU officielt bliver underlagt EMD. *Equivalent protection* må derfor antages at forblive en del af EMDs praksis i EU-spørgsmål, i hvert fald inden for den nærmeste fremtid.

# Reaktioner på »kærlige krav«<sup>1</sup>

– ledighed og kriminelle kundskaber i en noget-for-noget tid

af

*Annette Olesen*

Neoliberalisme navngiver et skift i statens karakter fra tidligere at fremstå som en nationalstat, der havde til opgave at regulere og kontrollere markedskræfterne, i takt med globaliseringens fortsatte frembrusende adfærd, til at virke som såkaldt »produktudbyder« over for markedet ved at tilbyde den rette kompetencegivende arbejdsstyrke til en konkurrencedygtig pris og under komfortable vilkår. Globaliseringen medfører, at staten må bestræbe sig på at opfylde markedskræfternes betingelser for at kunne akkumulere kapital. En neoliberal stat kan således ikke som en velfærdsstat virke som mægler mellem arbejdsmarked og kapital, men må prioritere at efterleve de formelle og uformelle spilleregler inden for den globale økonomi. Dette medfører et ændret fokus for den udøvende statsmagt. Fra tidligere at fremstå som regulerende og kontrollerende over for de økonomiske kræfter, er denne overvågning nu flyttet til borgerne, så disse disciplineres til at adlyde markedskræfterne. De overflødige, inkompetente, uerfarne og dovne borgere, der i særlig grad bliver synlige i deindustrieringens og globaliseringens polarisering og radikalt forandrede ansættelsesvilkår, fordrer, at staten anvender kontrol- og neutraliseringsteknikker for enten at opnå en passende indordning af borgerne i samfundet eller mindske deres afvigende adfærd.

<sup>1</sup> »Et kærligt krav«, »omsorg«, »respekt og tillid«, »du kan og du skal« sådanne personlige udtryk anvender politikerne i større og større omfang i deres beskrivelser af den aktuelle politiske strategi. Den bekvemmelige behandlingsmentalitet har hersket længe nok, nu er det på tide at sige: »Du kan og du skal, og hvis du ikke vil, så må du selv være med til at bære konsekvenserne, for så viser man medmennesket omsorg, respekt og tillid«. Sådan lød udmeldingen fra daværende minister for flygtninge, indvandrere og integration, Bertel Haarder, som eksemplificerer disse kærlige krav med at sanktionere unge, der ikke færdiggør deres uddannelse, ved at tage retten til kontanthjælp fra dem (Information 2003). Dette politiske initiativ behandles nærmere under overskriften »Flere i arbejde«.

Beskrivelsen af den neoliberalistisk inspirerede samfundsudvikling kan, ifølge lektor i velfærdsstatsforskning, Niels Finn Christiansen, opsummeres ved, at »(...) den underliggende tankegang stille og roligt [er] flyttet fra det, der er blevet kaldt »politik mod markedet«, til en »politik med markedet«, hvor markedets kontraktprincip – noget for noget – er blevet dominerende i forholdet mellem stat og borger; modsat den klassiske velfærdsidé om forsørgelse, omsorg og økonomisk omfordeling« (Christiansen 2010: 11).

Borgerne skal ud fra en neoliberal tankegang behandles som såkaldte *entreprenører*, der er selvbestemmende, og dermed også forpligtet til at udvise ansvarlighed ved at tage aktivt del i eget livsprojekt. Det er ikke længere samfundets ansvar at (re-)integrere, (re-)socialisere eller forandre borgeren, men derimod borgerens egen motivation og initiativtagen der efterspørges, hvis pågældende vil skabe sig forhåbning om at blive berettiget til en del af »samfundskagen«.

Udviklingen de seneste cirka 20 år har medført en generel omlægning af de overordnede politiske rationaler, hvilket har medført et rationelt syn på individet, der i alle tænkelige situationer forventes at bestræbe sig på at opnå størst muligt udbytte. Ifølge professor i filosofi, Jon Elster, er den dominerende rational choice-teori en normativ teori, der først foreskriver, hvorefter samfundets borgere bør handle for på bedst mulig vis at opnå deres målsætning, hvorefter teorien deskriptivt forklarer borgernes adfærd med udgangspunkt i, at de rent faktisk handler som teorien foreskriver (Elster 2009). Nyttelogikken er således fremtrædende i rational choice-teorien, hvor borgerne nærmest anses som aktivt handlende, programstyrede cost benefit-modeller, der nådesløst, uden hensynstagen til egne ikke nyttige drifter eller andre irrationelle følelser, anvender den egocentriske strategs vægtskål i samtlige beslutningsprocesser.

Forventningerne om den rationelle kontanthjælpsmodtager, der til enhver tid stiller sig til rådighed for arbejdsmarkedet for at undgå en reducere i kontanthjælpssatsen, eller den rationelle indbrudstyv, der undlader at begå fornyet kriminalitet, fordi straffen er blevet skærpet, forekommer dog naive og virkelighedsfjerne, men ikke desto mindre præger denne tankegang en stor del af argumentationen bag de nutidige lovgivninger og lovændringer.

### **De løsladte – en samfundssvag gruppe**

Det findes relevant at anskue disse neoliberale udviklingstendenser i forhold til en af de grupper i samfundet, der kendetegnes som problematiske og svage, nemlig de fængselsdømte. Nogle af de personer, der i høj grad berøres af stramningerne inden for beskæftigelses- og socialpolitikken, er de løsladte. Det anslås ud fra et overordnet skøn af den tidligere formand for Socialrådgiverne i Kriminalforsorgen, Erik Kruse Frederiksen, at omkring 80 % af de indsatte i de danske fængsler er afhængige af kontanthjælp ved de-

res løsladelse, fordi de ikke har nogen grundlæggende uddannelse og ligeledes ikke har nogen tilknytning til arbejdsmarkedet (Information 2007). De løsladte har mindre kontakt til arbejdsmarkedet og modtager oftere end den øvrige befolkning offentlige ydelser (over længere perioder). En statistisk analyse af de fængseldømtes levevilkår før og efter deres fængsling viser, at ledighedsgraden for løsladte, der har afsonet under 6 måneder i fængsel, er knap 2,5 gange så stor som hos den øvrige befolkning. Tilsvarende er ledighedsgraden for gruppen af straffede, der afsoner fængselsdomme på mere end 6 måneder mellem 3 og 3,5 gange så høj som den øvrige befolknings ledighedsgrad (Tranæs 2008). Suppleres disse statistiske beregninger med anden forskning omhandlende de fængseldømte, kan man se, at de kun sjældent lever op til arbejdsmarkedets forventninger og krav om kompetent og stabil arbejdskraft. De fængseldømte er nemlig ofte uuddannede. Lektor ved DPU, Peter Koudahl, belyste i *Indsatte i danske fængsler Uddannelse og uddannelsesønsker* (2007), at 11,5 % af de indsatte ikke havde afsluttet folkeskolens afgangseksamen,<sup>2</sup> og for 34 % af alle indsatte var folkeskolens afgangseksamen deres højest fuldførte uddannelse. Eftersom samtlige indsatte er registreret i kriminalregistret, kan de heller ikke fremvise en ren straffeattest i en ansættelsessituation.

En væsentlig svaghed ved gruppen af fængseldømte er desuden, at de ofte har misbrugsproblemer. Kriminalforsorgens statistik fra 2010 viste, at 61 % af de indsatte havde indtaget rusmidler 30 dage forud for indsættelsen. I en større rusmiddelundersøgelse fra 2003 blev det belyst, at over 50 % af de indsatte i danske fængsler har misbrugsproblemer af forskellig karakter (Kramp et al. 2003). Ved at inddrage anden skandinavisk statistik på området,<sup>3</sup> kan en norsk undersøgelse *Levekår og livssituation blant innsatte i norske fengsler* (2002) tilføre billedet af de indsatte som en ofte marginaliseret gruppe en ekstra dimension, idet godt 40 % af de indsatte i norske fængsler ikke havde stabile boligforhold inden deres fængselsafsonings påbegyndelse. Ydermere havde knap 90 % af de indsatte bemærket, at de havde en eller anden form for gæld (Skardhamar 2002). Diskussionen om de indsattes gældsproblematikker er særlig interessant set ud fra et dansk perspektiv. Domfældte i Danmark hæfter nemlig, i modsætning til domfældte i Norge og Sverige, personligt for de nødvendige omkostninger i forbindelse med deres straffesag uden hensynstagen til deres indkomstniveau eller øvri-

<sup>2</sup> Antallet af indsatte uden folkeskolens afgangseksamen vokser til 16 %, hvis man kun ser på gruppen af indsatte mellem 18 og 24 år. Koudahl anslår dog denne procentsats med et vist forbehold, idet han påpeger, at Mette Krammer på Statsfængslet Ringe, der er kendt for at huse unge afsonere, i maj 2007 udførte en optælling, der viste, at over halvdelen af de indsatte ikke havde fuldført folkeskolens afgangseksamen (Koudahl 2010).

<sup>3</sup> De indsatte i skandinaviske fængsler ligner tilnærmelsesvis hinanden, hvilket Skardhamar blandt andet belyser ved at sammenholde danske, svenske og norske forskningsresultater i undersøgelsen fra 2002.

ge forhold (Reumert 2009). Domfældte i Danmark må dermed formodes at have endnu mere gæld til det offentlige end domfældte fra de øvrige to nationer.<sup>4</sup> En stor del af de indsatte kan ud fra ovenstående betegnes som socialt, økonomisk og kulturelt underprivilegerede i forhold til den øvrige befolkning.

### Oversigt

Den indledende simplificerede gennemgang af, hvad der kan betegnes som udviklingstendenser i samfundet og forandrede menneskesyn, forårsaget af den neoliberale tankegang, vil danne grundlaget for nærværende diskussion. Diskussionen vil behandle de reaktioner, som ledige løsladte udvikler på baggrund af deres erfaring med lovgivning om udbetaling af kontanthjælp (lov om aktiv socialpolitik § 89, stk. 1, (946/2009)) samt vilkårene om aktivering som modydelse for offentlig forsørgelse og de tilhørende sanktionsmuligheder (lov om aktiv beskæftigelsesindsats kapitel 10-12, 17, 17a, (710/2011)). Diskussionen vil for overskuelighedens skyld udelukkende omfatte de løsladte, der i forbindelse med deres løsladelse ansøger om kontanthjælp,<sup>5</sup> og ifølge lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 2, stk. 2 og 3 (710/2011) kategoriseres som: »(...) personer, der modtager kontanthjælp (...) efter lov om aktiv socialpolitik alene på grund af ledighed, samt personer, der modtager kontanthjælp (...) efter lov om aktiv socialpolitik ikke alene på grund af ledighed.« Diskussionen skal altså ikke ses som et helhedsbillede af alle løsladtes reaktionsmønstre, men derimod som skildringer af mulige reaktioner for løsladte kontanthjælpsmodtagere.

Artiklen vil med udgangspunkt i professor i sociologi ved Berkeley University, Loïc D. Wacquants teori, om den neoliberale stats udvikling, argumentere for, at social- og beskæftigelsespolitikken anvender tilnærmelsesvis samme metoder som kriminalpolitikken for at indpasse borgerne, så deres adfærd stemmer overens med en neoliberal tankegang. I forlængelse af den teoretiske gennemgang, vil den danske udvikling fra welfare til kombineret

<sup>4</sup> Denne antagelse er dog ikke belyst videnskabeligt. For en dybdegående diskussion af løsladtes gældssituation i Danmark se kommende publikation: *I guld og gæld til halsen* (Olesen 2011).

<sup>5</sup> Kontanthjælp, efter lov om aktiv socialpolitik § 11 (946/2009), er en midlertidig ydelse, hvor formålet er, at modtageren heraf så hurtigt som muligt skal blive selvforsørgende. Betingelserne for at være berettiget til kontanthjælp foreskriver, at ansøgeren skal være fyldt 18 år, ansøgeren skal inden for en 8-årig periode have opholdt sig 7 år i Danmark, Grønland og/eller Færøerne. Desuden skal der være sket ændringer i ansøgerens forhold, så vedkommende ikke længere kan forsørge sig selv og eventuel familie (sådanne ændringer kan typisk være forårsaget af arbejdsløshed, sygdom, skilsmisse eller lignende). En principsag ved Ankestyrelsen fra 2010 slog fast, at løsladelse fra frihedsberøvelse ligeledes må anses som en social begivenhed, der ændrer personlige forhold. Takseringen af kontanthjælpsydelsen afhænger af modtagerens alder, boligforhold, forsørgelsespligt samt tidsperioden for lediggang.

wel- og workfare inden for beskæftigelses- og socialpolitikken blive gennemgået ved inddragelse af enkelte eksempler. Herunder vil lovændringen for udbetaling af kontanthjælp samt den skærpede brug af aktivering og sanktionsmulighederne, der er forbundet hermed, blive diskuteret. Diskussionen afrundes ved en empirisk analyse af nogle af de løsladtes reaktionsmønstre,<sup>6</sup> der blandt andet dannes på baggrund af den omtalte lovændring og aktiveringstankens udvikling og implementering, som er inspireret af neoliberale strømninger.

Emnerne, der behandles i artiklen, er omfattende og komplicerede, hvorfor det ikke er hensigten at udføre en dybdegående analyse heraf, men alene at skitsere nogle overordnede problemstillinger ved den *aktive* beskæftigelses- og socialpolitik i forhold til løsladte kontanthjælpsmodtagere.

### **Empirisk materiale**

Diskussionen tager afsæt i et empirisk materiale indsamlet til en retssociologisk ph.d.-afhandling, der forløber i tidsperioden 2010-2013. Det empiriske materiale bygger på kvalitative data, der fortsat udvides og behandles, og på nuværende tidspunkt består af 50 interviews med 40 indsatte, der har afsonet flere straffe (gengangere) og løsladte. De 10 af samtalerne er opfølgende interviews med løsladte. Interviewene er foretaget i et åbent og et lukket fængsel i Danmark samt på udslusningssteder, cafeer, værtshuse, i biler og private hjem. De interviewede er alle mænd over 18 år, der har erfaret livet efter endt afsoning og de udfordringer, der forbindes hermed. De interviewede og de i citaterne omtalte byer præsenteres her under fiktive navne.

### **Teoretisk ramme – Bekæmpelse og forebyggelse af ledighed og kriminalitet**

Strafferetlige- og socialpolitiske udmeldinger som *kriminalitet betaler sig ikke og det skal kunne betale sig at arbejde* passer godt til de amerikanske inspirerede, retoriske såvel som retlige, politiske strømninger omtalt som *tough on crime* og *tough love* (Stuart 2011). De skærpede straffe over for lovovertrædere og de »kærlige krav« stilet mod de offentligt forsørgede gennemsyres, ifølge Wacquant, af en tilnærmelsesvis identisk moral-behavioristisk filosofi, der tager sit udgangspunkt i at afskrække, kontrollere og på forskellig vis sanktionere gruppen af (potentielle) lovovertrædere og

<sup>6</sup> Det skal for god ordens skyld bemærkes, at reaktionsmønstrene ikke udelukkende kan forklares ud fra de omtalte strømninger inden for social- og beskæftigelseslovgivningen. Det empiriske materiale kan alene medvirke til at skitsere nogle mønstre i de løsladtes reaktioner, der blandt andet kommer til udtryk på baggrund af de ændrede skæmpelser/sanktionsmuligheder i aktiveringspolitikken. Der foreligger intet empirisk materiale, der belyser de løsladtes reaktionsmønstre, før den nuværende noget-for-noget politik blev implementeret.



modtagere af offentlig forsørgelse, så de derved kan indpasses i samfundet som aktive borgere eller straffes for manglende samarbejdsvilje i det sociale kategoriseringsarbejde. Tankegangen, der anser *straf som neoliberal fattigdomspolitik*,<sup>7</sup> argumenterer Wacquant grundigt for i sin bog *Punishing the poor* (2009). Wacquant mener nemlig ikke, at man kan tale om straf som en gennemgribende størrelse i alle samfundets lag, men derimod som en sanktionsform rettet mod de fattige – fattige på (ud)dannelse, fattige på de kvalifikationer, der bliver efterspurgt på arbejdsmarkedet, fattige på anerkendte sociale relationer og fattige på sprog. De mennesker, der er i besiddelse af førnævnte kapitalformer, bemærker imidlertid ikke de sanktionerende tendenser, der flourer blandt og indvirker på samfundets lavest rangerende (Wacquant 2009: 307-308).

Wacquant finder, at ekspansivt arbejde inden for politiet, domstolene og fængselsinstitutionerne anvendes som reguleringsredskab i den socio-økonomiske internering af de udsatte borgere, der findes vanskelige at tilpasse samfundets deindustrialisering. De omfattende kontrolteknikker og den moral-behavioristiske filosofi kendetegner, ifølge Wacquant, ikke blot kriminalpolitikken, men også socialpolitikken, der regulerer et tilsvarende lavtstående klientel af offentligt forsørgede, der forpligtes til at *yde for at nyde*. Med den amerikanske sociolog Forrest Stuarts ord består ydelsen af tvungen aktivering og kan sidestilles med idømmelsen af vilkår om tilsyn eller samfundstjeneste, der bygger på et tilsvarende princip om, at overtrædelse af vilkår medfører følger, der blandt andet lyder: »*attend job training or be cut off welfare; attend alcohol treatment or go to jail*« (Stuart 2011: 8).

Wacquant argumenterer for, at statens metoder til afværgelse af uacceptabel borgeradfærd kan beskrives ud fra tre handlemåder: »*staten kan »socialisere dem ved at tage højde for deres oprindelse i samfundets kollektive organisering. Den kan »medicinere dem ved at behandle dem som individuelle patologier. Eller den kan »straffe dem ved at køre sine retshåndhavende agenter frem*«. (Wacquant 2010: 157). Sidstnævnte straffemæssige håndteringsmetoder præger den dobbelte regulering af fattige borgere, som Wacquant betegner indespærringspolitik, *prisonfare*, og den restriktive beskæftigelsespolitik, *workfare* (Wacquant 2009: 16-17). Prison- og workfare står hver især for reguleringen af de normbrydende og adfærdsvanskelige borgere, kategoriseret som blandt andet kriminelle og offentligt forsørgede.

I det følgende vil Wacquants teori, om den dobbelte regulering af fattige ud fra *prisonfare* og *workfare*, udelukkende fungere som en underliggende

<sup>7</sup> *Straf som neoliberal fattigdomspolitik* er ligeledes titlen på en artikel i Praktiske Grunde. Nordisk tidsskrift for kultur- og samfundsvidenskab, nr. 1-2 (2010). Artiklen bygger på en interviewsamtale mellem Karen J. Winkler fra Chronicle of Higher Education og L.D. Wacquant i forbindelse med præsentationen af Wacquants bog *Punishing the Poor*.

teoretisk inspirationskilde. Workfare-begrebet som restriktiv beskæftigelsespolitik vil derimod blive anvendt selvstændigt som teoretisk værktøj i belysningen af den danske udvikling inden for arbejds/beskæftigelses- og socialpolitikken.

### **Aktiv beskæftigelses- og socialpolitik**

Såvel retorisk som retlig er der sket en markant udvikling inden for beskæftigelses- og socialpolitikken de seneste cirka 20 år. Den politiske håndtering af de arbejdsløse udgjorde tidligere en arbejdsopgave for Socialministeriet, men blev i 2009 overført til Beskæftigelsesministeriet. Dette ministerium skiftede meget sigende navn fra Arbejdsministeriet til Beskæftigelsesministeriet i 2001 (Jørgensen 2008). Omfordelingen af behandlingsområder og navneskift af ministeriet er interessante eksempler på den udvikling, der har fundet sted i Danmark (og i flere andre europæiske lande), hvor forsørgelsesideologien er blevet udfordret af aktiveringsideologien. Udviklingen siden slutningen af 1980'erne og frem til i dag beskrives således ud fra termerne datidens *passive* og nutidens *aktive* beskæftigelses- og socialpolitik.

Omstruktureringen i velfærdsstaten kan ifølge professor i samfund og globalisering, Jacob Torfing, betegnes som en international trend, der taler for *workfare* frem for *welfare* (Torfing 2004). Udviklingen skal imidlertid ikke forstås som et generelt opbrud med velfærdsstatstanken i Danmark, men snarere som udviklingsetaper, der løbende supplerer velfærdsydelserne med et øget antal elementer inspireret af *workfare*-tanken, såsom aktivering, forpligtende uddannelsesforløb, reducere i de offentlige ydelser og ydelsesperioder samt kontrol- og pressionsmuligheder over for de offentligt forsørgede (Peck 1998).<sup>8</sup>

Den traditionelle forståelse af den *skandinaviske*<sup>9</sup> velfærdsstats prioritering af rettighedsbaserede forsørgelsesydelser sikrede de borgere, der af forskellige årsager som eksempelvis sygdom eller ledighed ikke kunne forsørge sig selv, nogle fornuftige økonomiske betingelser til at skabe/opretholde en »almindelig« hverdag i et forbrugersamfund. Denne universale dækning af borgernes rettighed til forsørgelse er i de seneste år i større og større grad blevet udfordret af aktiveringstanken. De lediges berettigelse til udbetaling af offentlig forsørgelse er betinget af den lediges deltagelse i forskellige aktiveringsformer, som alle har det fælles mål, at (re)-integrere flest mulige borgere på arbejdsmarkedet.

<sup>8</sup> Workfare i Danmark tåler ikke sin sammenligning med den amerikanske *workfare*-model. I Danmark anvendes *workfare* som et supplement til *welfare*, hvor idealet er at udvide borgernes kompetencer (også kaldet human kapital). I USA benyttes *workfare*-modellen derimod som en kompensation for *welfare*, hvor borgerne frem for alt skal tilbyde deres arbejdskraft på arbejdsmarkedet (også kendt som *Work First*-tilgangen) (Peck 1998).

<sup>9</sup> Jf. blandt andet Marshall 1963, Titmuss 1987, Esping-Andersen 1990.

Det ændrede politiske fokus, fra tidligere at virke regulerende i forhold til markedet til i dag at være markedets »medspiller«, fremgår meget klart, når man kaster et hurtigt blik på beskæftigelsesministeriets oplyste arbejdsområder. Under overskriften *Aktiv beskæftigelsesindsats* beskrives hensigten med den politiske indsats således: »Den aktive beskæftigelsesindsats skal bidrage til et velfungerende arbejdsmarked, hvor flest mulige er i arbejde, og virksomheder kan få den arbejdskraft, de har brug for« (www.bm.dk). Nogle eksempler på sådanne politiske initiativer vil blive gennemgået i det følgende.

### **Flere i arbejde**

Med handleplanen *Flere i arbejde* (2002), der blev introduceret, da ledigheden var lav, og arbejdsmarkedet efterspurgte kompetent arbejdskraft, skulle beskæftigelsespolitikken prioritere en mere direkte vej for de ledige mod arbejdsmarkedet. Det politiske initiativ bestod således i at integrere en mere udsat gruppe af befolkningen på arbejdsmarkedet. Indledningsvist i handleplanen formuleres udvidelsen af målgruppen således: »Vi skal have fat i de ledige, som »systemet« i misforstået hjælpsomhed har fredet.« (Beskæftigelsesministeriet 2002). Aktiveringstanken inkluderede hermed ikke blot de arbejdsparate, men ligeledes den gruppe der tidligere var vurderet uden for arbejdsstyrken.

I en ældre undersøgelse ...*Og fængslet ta'r de sidste – om kriminalitet, straf og levevilkår* fra 1989 udarbejdet af nuværende chef for Justitsministeriets Forskningsenhed, Britta Kyvsgaard, sammenlignes dømtes forhold med den øvrige befolknings levevilkår.<sup>10</sup> I analysen af samfundsgruppernes arbejdssituation udgjorde de fængselsdømte den svageste gruppe. Blot en fjerdedel af de tidligere fængselsafsonere mellem 25-29 år (der må anses som tilhørende en erhvervsaktiv aldersgruppe) var i arbejde, og hele 47 % af denne gruppe var kategoriseret som uden for arbejdsstyrken. Til sammenligning skal det nævnes, at kun 9 % af den samlede befolkning mellem 25-29 år stod uden for arbejdsstyrken. Procentsatsen angivet som værende uden for arbejdsstyrken udgjorde imidlertid hele 56 % af de fængselsdømte mellem 30-39 år (denne aldersgruppe er de mest erhvervsaktive i befolkningen). Betegnelsen *uden for arbejdsstyrken* anvendes over for personer, der hverken er registreret som værende i arbejde eller arbejdssøgende. Gruppen af individer uden for arbejdsstyrken må således betragtes som passive klienter, der ikke anses som mulige bidragsydere på arbejdsmarkedet. (Kyvsgaard 1989: 26-27). Denne forholdsvis store gruppe af dømte med en passiv posi-

<sup>10</sup> Undersøgelsen bygger på 13 registre i Danmarks Statistik, der vedrører ca. 12.000 personers forhold i perioden 1982-1986. Kyvsgaard inddelte lovovertrædere i forskellige grupper, ud fra den lovovertrædelse de havde begået, og sammenlignede dem næst deres forhold med den øvrige befolkning.

tion i forhold til arbejdsmarkedet vidner om en anden tilgang til de ressourcervage ledige end den nutidige dominerende aktiveringstanke.

Som en del af handleplanen *Flere i arbejde* omhandlende den fremtidige beskæftigelsespolitik blev loftet over modtagelsesperioden for kontanthjælp (samt starthjælp og introduktionsydelse) introduceret.<sup>11</sup> Hensigten med at indsætte en øvre grænse for modtagelsen af de offentlige ydelser efter seks måneder er beskrevet i bemærkningerne til lovforslaget 191 2002-03 og lød som følgende: »Loftet har til formål at sikre, at det samlede rådighedsbeløb for modtagere af kontanthjælp, starthjælp eller introduktionsydelse så vidt muligt altid er lavere end rådighedsbeløbet ved almindeligt arbejde – også på lavtlønsområdet – og herved sikre, at der er økonomisk incitament til at tage arbejde.« Loftet skulle blandt andet forsøge at skabe en økonomisk motivation for de unge til at tage en uddannelse og gennemføre den, i og med, at unge, der falder fra en uddannelse uden gyldig grund, kan sanktioneres herfor. Der skal således ikke være nogle økonomiske fordele ved at modtage kontanthjælp frem for SU (jf. fodnote 1).

### **Ny chance til alle**

*Ny chance til alle* er en anden politisk handleplan fra 2005-06, der kombinerede integrationspolitik og beskæftigelsespolitik, og havde som målsætning, at »(...) fremme uddannelse og beskæftigelse blandt indvandrere og efterkommere, modvirke ghettoisering i boligområder samt forebygge og bekæmpe kriminalitet« (Sammenfatning af *Ny chance til alle*). *Ny chance til alle* var en 2-årige indsats, som skulle sørge for, at samtlige langtidsledige kontanthjælpsmodtagere fik et arbejde, påbegyndte en uddannelse eller modtog et aktivt tilbud, der virkede erhvervsfremmende. Ideen bag dette politiske initiativ bestod, ud over en *fast* og *fair* integrationspolitik, også i, at »Virksomhederne har akut mangel på arbejdskraft, og en del af den arbejdskraft skal findes blandt mennesker på kanten af arbejdsmarkedet« (www.bm.dk). Aftalen indebar blandt andet den meget omdiskuterede (såvel nationalt som internationalt) 300-timers regel. Reglen bevirkede, at en ægtefælle, der har modtaget hjælp efter loven om aktiv social politik § 11 i sammenlagt to år eller mere, vil blive bedømt som hjemmegående og anses dermed ikke som værende til rådighed for arbejdsmarkedet, hvis vedkommende ikke har udført mindst 300 timers *ordinært og ustøttet arbejde* de seneste to år. Konsekvensen vil, ifølge vejledning om 300 timers reglen for ægtepar der modtager hjælp efter lov om aktiv socialpolitik § 11 (41/2008) for den pågældende person, betyde, at kontanthjælpen bortfalder, hvorefter der udelukkende udbetales kontanthjælp til ægtefællen. 300-timers reglen er siden hen ændret til 450-timers og 225-timers reglen. Udgangspunktet for

<sup>11</sup> Det bemærkes i lovforslag 191/2002-03, at forslaget har nogle økonomiske konsekvenser, der består i besparelser på 635,3 mio. i perioden 2003-2006.

300/450/225-timers reglen er stort set den samme, men mindstekravet om 300/450 timers ordinært og ustøttet arbejde for at bevare berettigelsen til kontanthjælp er ændret til 225 timer, og tidsrammen for udførelsen heraf er ændret fra 24 til 12 måneder (jf. lov om ændringer af lov om aktiv socialpolitik, lov om individuel boligstøtte og lov om social service § 1 (461/2011)).

En af de politiske intentioner ved 300/450/225-timers reglen var, at nogle af de borgere, som er omfattet af reglen kunne, via dette kærlige krav forandres til aktive borgere.

### **Kommunernes skærpede incitament til at hjælpe ledige i job**

Siden 2008 har en omfattende finanskriser påvirket de fleste af verdens lande i større eller mindre grad, hvilket også har gjort sig gældende i Danmark. Udfordringerne med massearbejdsløshed og økonomisk stagnation præger mange lande, og reelle jobmuligheder for de ressourcetsvage borgere er derfor formindsket. Ifølge Wacquant kan den restriktive beskæftigelsespolitik sammenlignes med såkaldte tilsynsprogrammer, hvor den ledige under tilsyn skal efterleve diverse adfærdsregulerende krav for at synliggøre vedkommendes engagement over for arbejdsmarkedet. Dette krav fastholdes også i perioder, hvor beskæftigelsen er nedadgående og lønnen utilstrækkelig.

De økonomiske overvejelser tillægges en afgørende rolle i de fleste politiske beslutningsprocesser, hvilket også prægede den politiske aftale, der trådte i kraft 1. januar 2011, og omhandlede en ny refusionsmodel. Denne foreskrev, »... at kommunerne får en høj refusion, når de giver ledige aktive tilbud på en virksomhed – løntilskud eller virksomhedspraktik – og tilbud om ordinær uddannelse. Til gengæld får kommunerne en lav refusion, når ledige får tilbud om vejledning og opkvalificering, seks ugers selvvalgt uddannelse og i perioder, hvor ledige ikke er i aktivering.« (Arbejdsmarkedsstyrelsen 2010). Aftalen betyder i praksis, at der er et økonomisk incitament for kommunerne ved at målrette ledighedsprocessen direkte mod beskæftigelse og kun i et begrænset omfang inkludere tilbud om kompetenceudvikling. Variationen i refusion ved beskæftigelsesorienteret aktivering versus opkvalificerende aktivering skal sikre, at kommunerne ikke er for gavmilde med tilbuddene om sidstnævnte aktiveringsform, da disse ikke giver et direkte økonomisk afkast. Kommunerne kan derfor være nødsaget til at prioritere de økonomiske overvejelser frem for borgernes faktiske behov.

De politiske initiativer, der kort er gennemgået i det foregående, skal ses som overordnede eksempler på implementeringen af neoliberale tendenser i dansk beskæftigelses- og socialpolitik. I det følgende vil lovændringen om udbetaling af kontanthjælp blive gennemgået, og derefter vil indførelsen af aktiveringskravet og de dertilhørende sanktionsmuligheder blive behandlet.

Herved skabes grundlag for en diskussion om løsladtes reaktioner mod denne lovændring og udviklingen og praktiseringen af aktiveringstanken.

### **Bagudbetalt kontanthjælp**

*»Jeg er enig i, at vi skal gøre en indsats for at fremme resocialiseringen af tidligere straffede, så de ikke falder i og begår ny kriminalitet. Men jeg er helt overbevist om, at vejen til det ikke går gennem at forudbetale kontanthjælpen til den gruppe«* (Information 2007). Denne holdning bidrager tidligere beskæftigelsesminister Claus Hjort Frederiksen med til den genoplivede debat om den bagudbetalte kontanthjælp til løsladte. De konservatives retsordfører, Tom Behnke, anvender en retorik inspireret af noget-for-noget tanken i forbindelse med den tidligere beskæftigelsesministers ovenstående udsagn, idet han tilføjer; *»Det kan godt være, at de løsladte har det svært. Men derfor skal man ikke belønne dem økonomisk. De skulle bare have tænkt over konsekvenserne, før de begik kriminalitet«* (Information 2007).

Diskussionen bygger på, at reglerne for udbetaling af kontanthjælp blev ændret pr. 1. januar 2003 (jf. lov om ændring af lov om aktiv socialpolitik, integrationsloven, lov om fleksydelse, og lov om retssikkerhed og administration på det sociale område m.fl. love, § 1, stk.4 (438/2002)) fra at være forudbetalt til at blive bagudbetalt på den sidste hverdag i måneden til nye kontanthjælpsmodtagere.<sup>12</sup> Ifølge forarbejderne skyldtes lovændringen, at man gerne ville tilpasse kontanthjælpssystemet til det øvrige lønsystem, der gør sig gældende på arbejdsmarkedet. Således vil en ledig fra arbejdsmarkedet kunne forsørge sig ved sin udbetalte løn den efterfølgende måned og derefter være berettiget til fuld kontanthjælp. Kontanthjælpssystemets tilpasning til arbejdsmarkedet tilgodeser dermed de månedslønnede, men ikke gruppen af blandt andet studerende på SU, 14-dagslønnede og løsladte.

Som kompensation for den manglende betalingsperiode fra ansøgnings-tidspunktet og frem til udbetalingen af en hel måneds kontanthjælp blev § 25 a indført (438/2002). Størrelsen på denne såkaldte engangshjælp afhænger af ansøgerens personlige forhold, herunder medtænkes alder (over/under 25 år) samt boligsituation (ude-/hjemmeboende), og behovet for engangshjælpen vurderes skønsmæssigt. I forbindelse med vurderingen af løsladtes økonomiske situation modregnes deres løsladelsespenge i engangshjælpen. Den maksimale takst for engangshjælp udgør omkring 50 % af kontanthjælpstaksten afhængigt af persongruppen. Såfremt bevillingen om engangshjælp afvises, kan kontanthjælpsansøgeren i behandlingstiden være

<sup>12</sup> Førtidspension er ligeledes bagudbetalt. Denne ydelse blev tidligere ofte bevilliget til løsladte langtidsfanger. Jf. en diskussion om de skærpede regler og refusioner for førtidspension (Bømler 2010).

nødsaget til at forsørge sig selv (og eventuelt familie) på en mere beskedent indtægtskilde end det, som blev indført med reglen om engangshjælp.<sup>13</sup>

En ny kontanthjælpsansøger, der har forsørgerpligt, modtager maksimalt 5.367 kr. (2011-niveau) før skat i engangshjælp, indtil han er berettiget til at modtage 13.345 kr. (2011-niveau) før skat i kontanthjælp. Forskellen i satsene mellem engangshjælpen og kontanthjælpen på 7.978 kr. er mærkbar og begrundes ud fra forarbejderne med, at forsørgelsesydelsen skal *»(...) være på et niveau, der sikrer en hensigtsmæssig adfærd i forbindelse med en social begivenhed (...)«* og ligeledes, *»(...) at engangshjælpen kan nedsættes til et beløb, der svarer til »akut hjælp«, hvis ordningen anvendes uhensigtsmæssigt.«* Ifølge en praksisundersøgelse udarbejdet af Beskæftigelsesankenævnet i 2008 skal den væsentlige økonomiske forringelse ved modtagelse af engangshjælp frem for kontanthjælp signalere, at modtagerne *bør* ansøge om kontanthjælp i rette tid. Dette betyder, at ansøgerne skal stå til rådighed i en hel måned forinden den første kontanthjælpsudbetaling. Beskæftigelsesankenævnet omtaler engangshjælpen som en *sanktion* rettet mod de kontanthjælpsansøgere, *»(...) der ikke har søgt 1 måned før behovet er opstået – uanset om grunden hertil kan tilskrives ansøgeren (...)«* (Beskæftigelsesankenævnet 2008: 7).

De afsonere, der løslades fra fængslerne, har imidlertid ikke mulighed for at henvende sig i jobcentrene eller melde sig ledige en måned inden deres løsladelse. De kan heller ikke gøre noget aktivt for at få et job, deltage i aktiviteter eller øvrige beskæftigelsesfremmende foranstaltninger. I stedet må de på (eller snarest efter) deres løsladelsesdag indfinde sig på det pågældende jobcenter for at blive registreret som ledige samtidig med, at de aktivt må udnytte deres arbejdsmuligheder. Hos ydelsescenteret/ydelsesservice får de udleveret et ansøgningskema om kontanthjælp, der skal udfyldes korrekt og afleveres sammen med diverse relevante papirer (såsom løsladelsespapirer, tre måneders kontoudskrift med mere). Ansøgningskemaet skal afleveres senest fire dage efter modtagelsen. Mangler ydelsescenteret/ydelsesservice nogle dokumenter for at vurdere ansøgerens berettigelse til kontanthjælp, vil vedkommende få besked herom inden for ti dage. Når ydelsescenteret/ydelsesservice har modtaget samtlige dokumenter, foreligger der en maksimal behandlingstid på 21 dage.

Ulrik, som har afsonet en længere dom for salg af euforiserende stoffer, beskriver i nedenstående citat, hvorledes det kan forekomme overordentligt svært at komme ud af fængslet og søge om kontanthjælp, når man ikke har haft mulighed for at stå til rådighed som ledig den foregående måned:

<sup>13</sup> Ansøgeren er berettiget til kontanthjælp fra ansøgningsdatoen, hvilket bliver bagudbetalt. I perioden, hvor ansøgeren modtager engangshjælp og efterfølgende får bagudbetalt kontanthjælp, er der tale om modtagelse af dobbelt hjælp. Disse ydelser skal som udgangspunkt ikke tilbagebetales.

»Bare det at jeg skulle prøveløslades til Ålborg og ikke Herning, hvor jeg tidligere boede, så jeg ville gerne have min kontanthjælp på plads og min folkeregisteradresse, men jeg kunne ikke figurere inde i Jobcentrets computer, inden jeg fysisk var til stede, så det skabte en masse problemer, hvor jeg blev nødt til at kopiere papirerne fra Jobcentret, Ydelsescentret og Borgerservice til hinanden, for de vidste ikke, hvad den anden part gjorde ved min sag. Og det var faktisk selvom, at jeg inden min løsladelse fik lov til at komme til et møde med Jobcentret. Men Jobcentret lukkede alligevel min sag ned, fordi jeg ikke var der, og det betød, at der gik en uge, inden jeg fik nogle penge, for jeg kunne ikke få udleveret mit skattekort før d. 12. oktober. Og jeg har stadig ikke fået mit sygesikringskort, selvom jeg har været løsladt i 2 måneder nu. Og så begynder man at tænke dystre tanker, og selvom jeg godt ved, at tingene ikke hænger sådan sammen, så tænkte jeg alligevel, at de bare gerne ville have mig tilbage i fængslet, for så var det Kriminalforsorgens kasse og ikke kommunens kasse, det gik ud over. For man begynder jo at tænke, at så må man lave sine penge på en anden måde, for i starten er man bare meget sårbar. Og når man så, som mig, har siddet inde i mange år, og kender mange, så får man altså mange ivrige tilbud på hash og pulver og alt muligt andet, og så kan det være rigtig svært at tage skridtet ud af kriminalitet. Og det er jo ikke fordi, at man ikke vil finde på noget andet, det er jo bare fordi, man ikke ved, hvad man skal finde på.«

Problemstillingerne og mistroen til systemet fremstilles som et sammenvævet spind. Den langsommelige sagsbehandling opfattes af Ulrik som en menneskelig afvisning, hvor »systemet« står som repræsentant for finansielle spekulationer og konsekvenstankegangen på bekostning af hans inklusion i samfundet. Ulrik beskriver, hvordan sårbarheden og udsathed i en løsladelsessituation kan gøre det endnu sværere at frasige sig det velkendte kriminelle miljø og de økonomiske goder, disse bekendtskaber til tider bringer med, når der ikke er overensstemmelse mellem løsladelsesdatoen og datoen for udbetaling af kontanthjælp.

Reglen om den bagudbetalte kontanthjælp gælder altså også for fængselsafsonere i forbindelse med deres løsladelse, hvorved denne gruppe må formodes at møde nogle økonomiske udfordringer i deres (gen)etableringsfase uden for fængselsmurene. Den (gen)etablerende periode byder desuden på krav om, at den løsladte skal stå til rådighed for arbejdsmarkedet som modydelse for udbetaling af kommende, bagudbetalt kontanthjælp eller engangshjælp.

Problemstillingerne ved en ustabil økonomi og krav om aktivering skal forstås i kombinationen med de underprivilegerede livsbetingelser, denne gruppe ofte har, samt de psykiske udfordringer, der opleves af mange løsladte, fordi de går fra frihedsberøvelse, synlig disciplinering og truslen om disciplinære straffe til frihed under ansvar, usynlig disciplinering og truslen om økonomisk sanktionering.



### **Aktivering**

Det hedder sig, at ledige har *ret og pligt til aktivering*. Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, kapitel 10-12 (710/2011) omfatter tre forskellige former for aktivitet 1) vejledning og opkvalificering, der tager udgangspunkt i at tilrettelægge uddannelses- og kursusforløb (§ 32), 2) virksomhedspraktik hos private eller offentlige virksomheder (§ 42) samt 3) ansættelse med løntilskud hos private eller offentlige virksomheder (§ 51). Aktiveringsforløbet nedskrives i en jobplan, som den ledige skal overholde for at bevare retten til offentlig forsørgelse. Ledige over 30 år har, ifølge § 95 senest efter ni måneders sammenhængende lediggang, ret og pligt til at komme i aktivering. Den særlige, intensive beskæftigelsesindsats over for unge under 30 år bekendtgøres ved § 92, stk. 1 og 2, at denne gruppe efter at have modtaget kontanthjælp eller starthjælp i 13 sammenhængende uger har ret og pligt til aktivering efter kapitel 10-12 af minimum seks måneders varighed. Kontanthjælpsmodtagere under 25 år, der ikke har en kompetencegivende uddannelse, men vurderes til at være i stand til at tage en sådan, og samtidig ikke har forsørgerpligt, pålægges at uddanne sig. Indtil uddannelsen kan påbegyndes, skal den unge kontanthjælpsmodtager i aktivering. For de 20-24 årige starter aktiveringsforløbet senest 13 uger efter deres indmelding som ledig i jobcenteret, hvorimod de 18-19 årige kontanthjælpsmodtageres aktiveringsforløb allerede kan starte efter fire uger (§ 92, stk. 3). Kontanthjælpsmodtagerne er derefter berettigede og forpligtede til aktivering efter at have modtaget kontanthjælp i en sammenhængende periode på seks måneder (§ 96). I aktiveringsperioderne er det fortsat påkrævet, at de ledige ansøger om beskæftigelse og påtager sig arbejde, som jobcenteret eventuelt skulle formidle.

Aldersfordelingen på de dømte i de danske fængsler og arresthuse den 14. december 2010 var følgende: 4,9 % var mellem 18-19 år, 21,6 % var mellem 20-24 år og 17,1 % var mellem 25-29 år. Aldersfordelingen betyder, set i relation til alderskriterierne for den særlige intensive aktivering af unge mellem 18-19 år, at knap 5 % af de dømte anses som potentielle til at komme i aktivering fire uger efter deres løsladelse. Den største gruppe af dømte, der indbefatter godt en femtedel, er mellem 20-24 år. Såfremt disse unge søger om kontanthjælp efter deres løsladelse, vil de drage erfaring med den specifikke aktiveringsordning, der omfatter unge under 25 år, hvorved de vil blive aktiveret 13 uger efter deres løsladelse. Gruppen, der forpligtes til en særlig tidlig og intensiv aktivering, er ligeledes dem, som takseres til den laveste kontanthjælpssats, fordi de er under 25 år. Denne særlige aktivering fungerer på forskellige niveauer og inkluderer samlet set hele persongruppen af kontanthjælpsmodtagere under 30 år. Aldersfordelingen af de dømte viser, at 43,6 % er potentielle til at indgå i denne gruppe under 30 år (Kriminalforsorgens statistik 2010: 27).

### **Sanktionsreglerne**

Der anvendes forskellige politiske redskaber, såsom disciplinering og motivering, når passive ledige skal forandres til aktive, selvforsørgende borgere. De politiske redskaber kombineres ofte, og initiativerne kan virke forskelligt afhængigt af, hvilke ledige der påvirkes. Aktivering kan på den måde både virke som en trussel for nogle ledige, mens den samme aktiveringsform kan virke som en motiverende faktor for andre. Økonomisk disciplinering fungerer på flere niveauer inden for den aktive beskæftigelses- og socialpolitik. Et eksempel herpå er loft over kontanthjælp og 225-timers reglen, som benytter økonomisk disciplinering til at skabe selvforsørgende borgere, idet de ledige straffes økonomisk, hvis de ikke kommer i arbejde (eller arbejder et minimum af timer inden for en afgrænset tidsperiode). Der føres således en resultatorienteret aktiveringspolitik, hvor bestræbelserne på at komme i arbejde er irrelevante, såfremt disse ikke resulterer i ordinært arbejde. Et andet eksempel på økonomisk disciplinering består i de økonomiske sanktionsmuligheder, som kommunerne benytter over for de ledige i forskellige situationer. Lever de ledige ikke op til kravet om rådighed eller kravet om aktiv jobsøgning, møder de ledige ikke til samtaler, møder, aktivering med mere, og afviser de ledige et jobtilbud fra jobcenteret, kan kommunen sanktionere dem ved at reducere et beløb i deres offentlige ydelse. Sanktionsreglerne, der anvendes ved manglende udnyttelse af diverse beskæftigelsesmuligheder, fremgår af lov om aktiv socialpolitik, §§ 35-41 (946/2009). Reglerne begrundes med, at de skal virke adfærdsregulerende over for de ledige kontanthjælps- og starthjælpsmodtagere.

### **Empirisk analyse af reaktionerne mod de »kærlige krav«**

Det er i det foregående blevet diskuteret, hvorledes de neoliberale tendenser har en indvirkende effekt på den danske beskæftigelses- og socialpolitik, med særligt fokus på kontanthjælpsmodtagerne. Individualisering af den økonomiske risici ved arbejdsløshed udelegeres i stigende grad fra velfærdsstaten og ud til såvel de arbejdsparate som de svage, uarbejdsdygtige borgere. Gruppen af kontanthjælpsmodtagere er, som tidligere nævnt, udvalgt, fordi hovedparten af de løsladte fra de danske fængsler indgår i denne gruppe i kortere eller længere tid efter deres løsladelse. Ovenstående afsnit har endvidere behandlet to problemstillinger, nemlig den *bagudbetalte kontanthjælp* og *kravet om aktivering*, der findes udfordrende for flere kontanthjælpsmodtagere, men måske i særdeleshed de løsladte. De løsladte har, som belyst ud fra forskellige statistiske analyser, ofte flere sammenfaldende problemstillinger, såsom lavt uddannelsesniveau, manglende arbejds erfaring, gæld, misbrugsproblemer med mere, der præger deres livsbetingelser i

en negativ retning, alt imens de besidder kriminelle kundskaber af forskellig art.

I det følgende vil de løsladtes oplevelser af og reaktioner mod nogle af de »kærlige krav«, som beskæftigelses- og socialpolitikken tilbyder dem i forbindelse med deres løsladelse, blive behandlet. Den bagudbetalte kontanthjælp og kravet om aktivering vil være omdrejningspunkterne for denne empirisk funderede diskussion.

### **Løsladt til engangshjælp**

Langt størstedelen af de interviewede indsatte gengangere og løsladte beskrev deres løsladelsessituation som værende problematisk, udfordrende og sårbar. De færreste havde egen bolig, de kunne flytte ud i, og løsningen for de fleste blev derfor en midlertidig adresse hos venner eller familie. Men før talen, i interviewsituationen, faldt på de bekymrende udsigter til manglende boliger, fremhævede de indsatte gengangere og løsladte ofte deres økonomiske spekulationer. Kun én ud af 40 indsatte og løsladte bemærkede, at han skulle fortsætte den uddannelse, han havde påbegyndt, mens han afsonede. Tre mænd (en indsat og to løsladte) fortalte, at de havde et arbejde, eller var garanteret et arbejde efter endt afsoning. Det helt store spørgsmål for de resterende, der ikke vidste, hvad de skulle foretage sig efter endt afsoning, var, hvad de skulle leve af, når de kom ud? De var alle bekendt med, at kontanthjælpen er bagudbetalt, hvorfor de i en kortere eller længere periode (afhængigt af deres løsladelsestidspunkt og økonomiske forhold) maksimalt ville have 5.367 kr. modregnet deres løsladelsespenge. Dertil kommer kravet om mødepligt til samtaler med jobcenteret, ydelsescenteret/ydelsesservice, kommunen, eventuelt Kriminalforsorgen i Frihed med mere. Afhængigt af den løsladtes alder vil retten og pligten til aktivering endvidere blive præsenteret for den løsladte kortere eller længere tid efter, løsladelsen har fundet sted. Tilbagebetalingskravet fra SKAT på sagsomkostninger vil ligeledes blive forsøgt inddrevet via lønindeholdelse eller lignende efter løsladelsen, såfremt den løsladte udfører skattepligtigt arbejde, der overstiger indkomstniveauet ved kontanthjælp. Hovedparten udtrykte, at det var overordentligt vanskeligt for dem at finde et skattepligtigt arbejde blandt andet på grund af deres plettede straffeattest og manglende kompetencer. Forhindringerne ved at finde et job bliver desuden udfordret af de dømtes tilbagebetalingskrav til SKAT, fordi dette modvirker de løsladtes økonomiske incitament for at arbejde.

20-årige Anders og 22-årige Jan, som begge står til snarlig løsladelse, fortæller, hvordan de anskuer deres kommende liv efter endt afsoning. De to unge mænd er kriminelle gengangere og har hverken færdiggjort deres folkeskoleeksamen eller oparbejdet erfaringer fra arbejdsmarkedet. Anders siger opgivende, at han har valgt at afsone hele sin straf uden at søge om prø-

veløsladelse efter 2/3 straf tid, fordi »(...) der er ikke noget at komme ud til, jo jeg kan komme ud for at få betalt min regning (griner skævt), det er det, jeg kan komme ud for.«

Jan uddyber, hvorfor løsladelsesprocessen kan virke så uoverskuelig og indtægten ved kriminalitet så fristende:

»Det er også noget lort jo, når man kommer ud, hvad fanden skal man, hvor fanden skal man få penge fra, så begynder man allerede der, så går man en hel måned, og en måned er lang tid uden, du kan ikke lade være med at spise en måned jo, og jeg er ikke typen der går hjem til mine forældre, og beder dem om penge (...) Så tænker jeg bare, hvor jeg skal få penge ikke (griner). Jeg tænker ikke nødvendigvis kriminalitet, altså hård kriminalitet, det er bare en startbarriere med penge.«

»Startbarrieren«, som Jan omtaler de økonomiske udfordringer ved løsladelsen, kræver et modtræk, og det modtræk består i at skaffe penge. Det er i denne sammenhæng interessant at inddrage såvel rational choice-teorien samt kriminolog Erwin H. Sutherlands teori *differential association* (1924). Ud fra en rationel tankegang står den så ofte gentagne politiske melding: *Det skal kunne betale sig at arbejde*. Underforstået menes hermed, at det ikke skal kunne betale sig at være på offentlige ydelser, hvorfor disse sænkes til et minimum. Devisen er nærtbeslægtet med udsagnet *forbrydelser betaler sig ikke*, af hvilken grund straffen herfor skærpes løbende. Man kunne fristes til at konkludere, med reference til rational choice-teorien, at en kriminel levevis og et liv på »støtten« skal gøres utåleligt, for kun på den måde kan man tvinge de dovne, kriminelle og andre snyltere til at overvinde »startbarrieren« ved at indtage en aktiv position på (det skattepligtige) arbejdsmarked.

Ved at inddrage den ældre læringsteori udarbejdet af Sutherland, udfordres denne rationelle tankegang. Teorien, *differential association*, bygger på, at social læring og kulturel overførsel er afgørende for udviklingen af kriminel adfærd. Ifølge Sutherland indlæres al adfærd i direkte omgang med andre mennesker, som man har nær tilknytning til. I processen tilegner individet sig specielle holdninger og udsættes for forskellige påvirkninger. Alle i individets omgangskreds er således identifikationsobjekter, og holdningerne, normerne og handlemåderne, der kendetegner nærmiljøet, er altafgørende for individets udvikling af handlemønster og adfærd. Sutherland tager udgangspunkt i, at når et individ tillæres en kriminel adfærd, indbefatter denne læringsproces a) teknikker vedrørende udførelsen af kriminelle handlinger, som nogle gange er meget komplicerede og nogle gange meget enkle, og b) en speciel indretning af motiver, drivkraft, rationalisering og holdninger (Hauge 2001: 55-56). Det forholder sig nemlig, ifølge Sutherland, således, at såfremt et individs omgangskreds udviser positive holdninger til kriminalitet, vil det også selv indlære denne holdning. Typen af kriminalitet

afhænger altså af kendskabet og adgangen til illegitime midler. Det sociale klassetilhørsforhold for den snarligt løsladte Jan kan derfor spille en afgørende rolle i den unge mands videre færden som eksempelvis kriminel, kontanthjælpsmodtager, lønmodtager eller en kombination af de nævnte indtægtsgrupper. Målet, der foranlediger Jans handlinger efter løsladelsen, afhænger dermed af hans ressourcer og de materielle hjælpemidler, han har adgang til. Jans rationelle vurdering af, hvordan han overvinder »startbarrieren« ved sin løsladelse, skal altså ud fra Sutherlands teoretiske forståelse ikke opfattes som en cost benefit-analyse over det mest indtægtsgivende og fremtidssikrende, men snarere en afvejning af de muligheder, der er ham bekendt. Med inspiration fra Pierre Bourdieus teoretiske termer (1977) kan Sutherlands teori om social indlæring og kulturel overførsel beskrives som de *habituelle* rammer, der med udgangspunkt i Jans socialiserede erfaringsmønstre opstiller parametrene for, hvad der anses som mulige og umulige handlinger og tankebaner for den unge løsladte. For at understrege hvordan de habituelle afgrænsninger kan virke hindrende i de løsladtes udvikling af en kriminalitetsfri tilværelse, kan den meget sigende bemærkning, om fortvivelsen over manglende beskæftigelse fra den tidligere citerede langtidsfange, Ulrik, atter virke som illustration: »(...) *det er jo ikke fordi, at man ikke vil finde på noget andet, det er jo bare fordi, man ikke ved, hvad man skal finde på.*«

Det kan kort sagt være svært at se andre muligheder for indtægtsgivende aktivitet end kriminalitet, når man med en kriminel karriere i ryggen, uden eksamenspapirer og et hullet CV, løslades til bagudbetalt kontanthjælp. De økonomiske fristelser ved en kriminel løbebane bliver angiveligt ikke mindre ved udsigterne til kravet om aktivering som modydelse for udbetaling af kontanthjælp. Kontanthjælpen udgør ofte et minimalt udsnit af kriminelles forbrug, hvorfor nogle løsladte kontanthjælpsmodtagere med kundskaber inden for berigelseskriminalitet vælger at afskrive sig den offentlige ydelse for derved at slippe for kravet om aktivering. Et eksempel herpå er den kriminelle genganger Patrick, der her fortæller, hvorledes adgangen til berigelseskriminalitet kan anvendes som et modtræk til kommunens reducere i hans kontanthjælp: »*I nogle perioder har de (kommunen) nægtet at udbetale min kontanthjælp, fordi jeg har nægtet at komme i aktivering, men så finder jeg bare en anden måde at lave mine penge på – hvis du forstår, hvad jeg mener?*«

Patricks bemærkning afspejler hans habituelle afgrænsning, erfaring og ressourcer, der sammenholdt med Sutherlands differential association teori kan siges at visualisere, hvorledes kulturel overførsel præger Patricks tankegang, da han benytter den strategi, der for ham virker naturlig, accepteret og lettilgængelig. Målet for Patrick er at søge økonomisk kompensation for en reducere af den legale indkomst ved at *skaffe* en illegal indkomst, og midlet er berigelseskriminalitet.

Til trods for at kontanthjælpen, som sagt, ofte udgør en mindre andel af de aktive berigelseskriminelles indtægt, så er den offentlige ydelse ofte den eneste registrerede skattepligtige indtægt, de har, hvorfor denne kan virke som legitimeringsmiddel for de øvrige ikke-registrerede indtægter ved kriminalitet og sort arbejde. Dette bemærkede flere af de interviewede indsatte gengangere og løsladte og fortalte i den forbindelse, hvor langt de ville gå for at bibeholde kontanthjælpsydelsen, og hvilke metoder de brugte hertil. Aktivering blev for de fleste interviewede ikke anset som en mulighed til at bevare berettigelsen til kontanthjælp. Generelt beskrev størstedelen af de interviewede, at de havde svært ved at tage imod ordrer fra »autoriteter« (som de betegnede de potentielle arbejdsgivere og socialrådgivere), og de ligeledes frygtede de nye påtvungne (aktiverings)fællesskaber, der kan virke psykisk belastende for tidligere frihedsberøvede (se bl.a. Hammerlin). En anden grund til, at nogle af de løsladte forsøgte at undgå aktivering, er mere almen kendt og bygger på, at de anser denne type af beskæftigelse for tidsspild. I stedet for at opfylde rådighedskravet og betingelsen for aktivering som modydelse for kontanthjælp, beskrev flere af de indsatte gengangere og løsladte, hvordan de havde anvendt deres kriminelle kundskaber og voldelige adfærd som argumentation for at blive erklæret uegnet til aktivering. Karakteren af at være potentiel farlig, utilregnelig, kriminel genganger eller lignende kan således anvendes som en værdifuld egenskab, hvis deltagelse i aktivering skal undgås. De indsatte gengangere og løsladte beskrev, hvordan de anvendte de ressourcer, der opprioriteres i de kriminelle miljøer, inden for den offentlige forvaltning ud fra en bevidst strategi om at opnå et »gode«, som bestod i at blive erklæret uegnet til aktivering og uden for arbejdsstyrken. Dette står i direkte kontrast til den politiske tendens præget af *work for welfare*. Metoderne til at blive fritaget for aktivering illustreres ved nedenstående udtalelser fra to unge indsatte Simon og Aske, der bygger på latent vold og potentiel farlighed. Simon fortæller om den skærpede indsats for at få unge i aktivering:

» (...)de kan ikke sende mig ud i aktivering på grund af andres sikkerhed, og så fordi der er sket nogle ting i Kolding, fordi der er nogle der har skudt efter mig og sådan nogle ting, så de kan ikke bare sende mig ud i aktivering (...) man kan sige, at jeg har været rigtig heldig, det kalder jeg det, fordi de ikke har taget den (kontanthjælpen).«

En tilnærmelsesvis identisk strategi, om udnyttelsen af risikoen for (hævn)aktioner rettet mod bandemedlemmers og andre aktive kriminelles lokalisering og daglige færden, bevidner, at de potentielt farlige »fjender« og de løsladtes egen faretruende personlighed kan anses som en ressource i

modarbejdelsen af den politiske beskæftigelses- og aktiveringstanke.<sup>14</sup> Aske, som er bandemedlem, vil ikke i aktivering, da han ud fra økonomiske- og sikkerhedsmæssige overvejelser ikke ser en fordel heri. Derfor anvender Aske det handle- og adfærdsmønster, der kendetegner hans kriminelle miljø for at undgå at komme i aktivering, idet han siger:

»Jeg gider ikke risikere mit liv, for at tjene de der håndører som man får i kontanthjælp, det syntes jeg er latterligt (...) jeg vil simpelthen ikke i det aktiverings lort. Det er bare ikke noget for mig. Så den første dag jeg havde fået besked om at dukke op på en dum fabrik for at lave hjernedødt arbejde, tog jeg min skudsikre vest på. Som forventet ville ingen arbejde sammen med mig, så de sendte mig hjem (...).«

Citatet eksemplificerer et af de løsladtes reaktionsmønstre, der bygger på at anvende de kriminelle kendetegn og kundskaber, der fordelagtigt kan benyttes som modstrategi til beskæftigelsespolitikken. Derved undgår nogle af de løsladte kontanthjælpsmodtagere de økonomiske restriktioner, der medfølger ved manglende beskæftigelse eller aktivering. Et andet reaktionsmønster bygger på den voldelig adfærd, som anses som en styrke i kriminelle kredse. Denne aggressive selvforsvarende reaktionsform udtrykker den kriminelle genganger Hassim i det følgende:

»Jeg har aldrig været i aktivering. Jeg tror faktisk, jeg har været ret heldig. Første gang min socialrådgiver begyndte at snakke om at få mig i aktivering, gik jeg simpelthen amok. Jeg smadrede hele kontoret, og de erklærede mig uegnet til at arbejde, og har ladet mig være lige siden.«

Den voldelige episode, som Hassim fortæller om, skaber ikke blot frygt i selve situationen, men medfører ligeledes, at socialrådgiveren, af frygt for yderligere voldelige optrin, anerkender Hassims voldelige og truende adfærd. Socialrådgiveren modsætter sig regler om aktivering for at behage Hassim og således undgå potentielle fysiske overgreb. De kriminelle egenskaber som trusler om vold, voldshandlinger, faretruende fremtoning, frygt for optøjer med mere anvendes i denne forbindelse inden for det offentlige systems sociale arenaer og udspiller de lovbestemte regler og anerkendte fremgangsmåder, der under normale omstændigheder betragtes som værende gældende. Voldssituationen forårsaget af Hassim kan fremstå som et ek-

<sup>14</sup> Tidligere kriminelle, potentielt voldelige, bandemedlemmer og lignende, der fritages for aktivitet på grund af deres adfærd og de latente voldsepisoder, der forbindes med deres blotte tilstedeværelse på et aktiveringssted, er bekendt for Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen. Den manglende hjemmel til at fritage denne gruppe for aktivering har derfor bevirket, at en task force er nedsat. Task forcen skal kontrollere aktiveringsarbejdet med denne gruppe. (Pressemeddelelse, BIF, 18. marts 2011).

sempel på, at det individuelle ansvar, der er højt prioriteret i denne noget-for-noget tid, i nogen grad kan medvirke til, at alternative færdigheder som voldelig og kriminel adfærd tages i brug, i andre sammenhænge end tidligere, for at nå til det ønskede resultat. Det er ikke alle, for hvem arbejde betaler sig bedst, og konsekvenserne ved at implementere direkte og indirekte økonomiske sanktioner i beskæftigelses- og socialpolitikken kan derfor skabe uforudsete reaktioner.

### **Afrundende kommentar**

De neoliberale tendensers indtog i dansk beskæftigelses- og socialpolitik har medført en øget fokusering på en tilgang til borgerne som individuelt ansvarlige og rationelle. Ifølge Wacquant kan udviklingen ses som: »*The new priority given to duties over right, sanctions over support, the stern rhetoric of the »obligations of citizenship«, and the martial reaffirmation of the capacity of the state to lock the troublemaking poor »in a subordinate relation of dependence and obedience« toward state managers portrayed as virile protectors of the society against its wayward members*» (Wacquant 2009: 290).

Alle offentligt forsørgede, uafhængigt af ressourcer og livsbetingelser, skal yde deres bedste til gavn for arbejdsmarkedet for til gengæld at modtage deres økonomiske modydelse. Noget-for-noget kalder politikerne den aktivt, sanktionerende beskæftigelses- og socialpolitik, der blandt andet blev eksemplificeret i handleplanerne *Flere i arbejde* og *Ny chance til alle*. Ved at anskue noget-for-noget tankegangen i relation til den livssituation, der kendetegner nogle af de svageste frihedsberøvede, der løslades til kontanthjælp, får det politiske budskab en anden betydning. De løsladte modtager deres kontanthjælp bagudbetalt og må derfor (afhængigt af løsladelsestidspunktet) leve på et økonomisk minimum den første periode efter deres løsladelse. Efterfølgende møder de kravet om at stå til rådighed for arbejdsmarkedet og deltage i aktivering for at undgå at blive sanktioneret økonomisk. De seneste års lavkonjunkturer har ikke gjort jobsituationen for denne gruppe af lavt uddannede, uerfarne straffede lettere. Desuden mindskes det økonomiske incitament for at indgå som aktiv borger på arbejdsmarkedet betydeligt for flere af de løsladtes vedkommende, når de oplever SKATs mulighed for at inddrive statens tilgodehavende fra de omkostninger, der er forbundet med deres straffesag, via de løsladtes skattepligtige indkomst. De løsladte har, i forhold til størstedelen af de øvrige offentligt forsørgede, kriminel erfaring, og kender derved adfærden, holdningerne og metoderne, der anvendes inden for kriminelle miljøer. Denne kriminelle forståelse, sammenholdt med deres livsbetingelser og habituelle ramme, præger nogle af de løsladtes reaktioner over for aktiveringstanken. Noget-for-noget tankegangen, der hersker blandt nogle af de løsladte, kan sådan lidt firkantet, beteg-



nes som en »trussel« mod samfundet. Reduceres de offentlige ydelser til et minimum, og opstilles der betingelser, som forekommer uoverskuelige for at modtage disse ydelser, så kender de løsladte adskillige kriminelle aktiviteter, der kan føre til berigelse. Sam, der har siddet i fængsel i sammenlagt 13 år, beskriver afrundingsvist noget-for-noget tankegangen set ud fra et individ med kriminelle kundskaber:

»Hvem er det, man tager fra? Hvem er det, man går efter? (...) jeg synes altså, det er de små, der kommer til at betale det hele ikke? Det er måske ikke helt... jeg er ikke sikker på, at det samfundsmæssigt er en god ting at tage fra folk, som ikke har så meget i forvejen fordi, for eksempel med mig selv ikke, altså, så er det, man begynder, og tænker alternativt ikke. Det er jo ikke billigere for samfundet overhovedet, kan man sige (...).«

## Litteratur

- Bourdieu, P. (1977): *Outline of a Theory of Practice* Cambridge. Cambridge: University Press
- Bømler, T. U. (2010): »Hvis arbejde er så sundt – så giv det til de syge« in *Social Kritik Tidsskrift for socialpolitisk forening* 2/2010
- Christiansen, N. F. (2010): ”Solidaritet gennem 150 år i krydsfeltet mellem liberalisme, konservatisme og socialisme” in *Social Kritik Tidsskrift for socialpolitisk forening* 2/2010
- Elster, J. (2009): *Reason and Rationality*. Princeton: Princeton University
- Hammerlin, Y. (1994): »Tidsglimtet – et fængselssystem eller kriminalomsorg i endring?« in *Festskrift til Kåre Bødal*. Kriminalomsorgens udnanningscenter, Oslo
- Hauge, R. (2001): *Kriminalitetens årsaker*. Universitetsforlaget, Oslo
- Jørgensen, H. (2008): »Fra arbejdsmarkedspolitik til beskæftigelsespolitik – kosmetiske eller indholdsmæssige forskelle?« in *Tidsskrift for Arbejdsliv*, 10 årgang, nr. 3
- Koudahl, P. (2007): *Indsatte i danske fængsler, Uddannelse og uddannelsesønsker*. Direktoratet for Kriminalforsorgen. Danmarks Pædagogiske Universitet
- Kramp et al. (2003): *Rusmiddelundersøgelsen - Misbrug blandt Kriminalforsorgens klientel*. Justitsministeriet
- Olesen, A. (2011): »I guld og gæld til halsen« in Jakobsen, M. H. (red.) *Bandekultur og bandekriminalitet - i dansk belysning*. Syddansk Universitetsforlag (under udgivelse)
- Peck, J. (1998): »Workfare: a geopolitical etymology« in *Environment and Planning D: Society and Space*. Vol. 16
- Reumert, H. (2009): »Sagsomkostninger i straffesager« in *Løsladt og hvad så?* Ryberg, J. (red). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Skardhamar, T. (2002): *Levekår og livssituasjon blant innsatte i norske fengsler*. Institutt for kriminologi og rettssosiologi, Oslo Universitetet, Oslo
- Stuart, F. (2011): *Helping Hand-Cuffs: Criminal Justice and Social Welfare Symbiosis in the Regulation of Skid Row*. UCLA Department of Sociology. Ikke udgivet, præsenteret ved Law & Society Conference, San Fransisco 2011
- Sutherland, E. H. (1924): *Principles of Criminology*. University of Chicago Press, Chicago
- Torring, J. (2004): *Det stille skift i velfærdsstaten*. Aarhus Universitetsforlag
- Tranæs, T. & Geerdson, L. P. (2008): *Forbryderen og samfundet - Livsvilkår og uformel Straf*. Gyldendal
- Wacquant, L. D. (2008): *Fattigdommens fængsler*. Socialpolitisk Forlag, København

Wacquant, L. D. (2009): *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Duke University Press, Durham

### **Rapporter**

Arbejdsmarkedsstyrelsen 2010: En ny og effektiv refusionsmodel

Beskæftigelsesministeriet 2002: Handlingsplan for Flere i arbejde

Beskæftigelsesankenævnet 2008: Praksisundersøgelse, Statsforvaltningen Midtjylland

Kriminalforsorgens statistik 2010

Sammenfatning af Ny chance for alle – regeringens integrationsplan

### **Avisartikler og hjemmeside**

Hansen, J. (2003): Intimiderende politik. *Information*, november 7.

Møller, J. D. & Soei, A. (2007): Løsladte hutler sig igennem. *Information*, juli 26.

Møller, J.D. & Soei, A. (2007): Oppositionen vil ændre lov om kontant-hjælp til løsladte. *Information*, juli 26.

# Nye regler om ægtefælleskifte

af

*Hans Viggo Godsk Pedersen*

Det har fra forskellig side været kritiseret, at det var urimeligt dyrt at få gennemført et skifte mellem ægtefæller som et offentligt skifte (skifterets-skifte).<sup>1</sup> Efter en justering af det af justitsministeren nedsatte ægtefælleskifteudvalg og nedsættelse af et udvalg med henblik på forenkling og modernisering af den materielle lovgivning om ægtefællers formueforhold blev ægtefælleskifteudvalgets kommissorium ved brev af 1. december 2008 justeret. Det hedder bl.a. i kommissoriet, at udvalget skulle overveje en revision af lov om skifte af fællesbo mv. Kommissoriet omfattede bl.a. også de bestemmelser i loven om skifte af fællesbo, der regulerer materielle spørgsmål om deling af ægtefællernes formue ved ægteskabets ophør.

Den del af problemstillingen, der omhandlede omkostninger ved et offentligt skifte, var navnlig, at skifteafgiften blev fastsat på grundlag af bobeholdningen, således at afgiften til det offentlige kunne blive ganske væsentlig i boer af nogen størrelse, hvortil kom at der typisk også skulle betales honorar til en medhjælper i boet. Denne måde at fastsætte afgiften var på andre områder ændret til en form for ekspeditionsafgift til skifteretten, fx i konkursboer og i dødsboer, idet der dog bliver fastsat et lidt større beløb i dødsboer over en vis størrelse. Selv om et forslag ville medføre, at der skulle betales mindre afgift til staten, antoges det imidlertid, at det ikke ville have provenumæssige konsekvenser for staten, idet der var så få offentlige skifter, at proventet var særdeles begrænset. Man antager, at det begrænsede antal offentlige skifter netop skyldtes, at det var så dyrt, at man kunne indgå endog dårlige forlig uden at tabe så meget, som afgiften ville beløbe sig til.

Ægtefælleskifteudvalget afgav den 29. marts 2010 betænkning nr. 1518 2010 om ægtefælleskifte mv. samt den 28. maj 2010 betænkning nr. 1519 om revision af dødsboskifteloven. Udvalget foreslog bl.a. en ordning med en bobehandler ved offentligt skifte. Modellen minder om den model, der

<sup>1</sup> Se bl.a. *Julie Skat Rørdam: Ægtefælleskiftet i civilprocessuel belysning (2007)*.

kendes fra dødsbobehandlingen, hvor boet ved det offentlige skifte behandles af en bobestyrer. Videre foreslog udvalget bl.a., at skifteafgiften blev ændret i lighed med de principper, der kendes fra konkursboerne og dødsboerne. Det vil derfor næppe så meget være salærerne til advokater som den mindre afgift, der vil kunne gøre et offentligt skifte økonomisk overkommeligt. Det vil fortsat være billigst at dele ægtefællernes ejendele uden det offentliges mellemkomst; det gælder selvsagt også, selv om en advokat medvirker til oprettelse af en bodelingsoverenskomst, idet afgiften for skifterettens medvirken spares.

Betænkningen kom i det væsentlige til at danne grundlag for lov nr. 594 af 14. juni 2011. Da praksis skal have tid til at indstille sig på de nye regler, er ikrafttræden fastsat til den 1. marts 2012. I loven blev der samtidig gennemført en ændring af retsafgiftsloven, således at retsafgiften for fællesboskiftet i det væsentlige fastsættes som et beløb for skifterettens ekspeditioner.

Som nævnt er den gennemførte ordning en ordning med en bobehandler, der skal tage sig af behandlingen af boet. Det er forudsat, at ordningen indebærer, at ægtefællerne normalt ikke vil have brug for en advokat til at varetage deres interesser, idet bobehandleren skal redegøre for retsstillingen over for ægtefællerne, således at de kender deres retlige stilling. Ægtefællerne kan dog anlægge sag om spørgsmål, hvor de ikke vil acceptere bobehandlerens stillingtagen. I øvrigt medfører loven en udvidelse af skifterettens kompetence, således at skifteretten nu kan tage stilling til de fleste spørgsmål, der vedrører et opgør mellem ægtefællerne; det gælder fx også de såkaldte ÆL § 56 krav, hvorefter det kan pålægges en ægtefælle at afgive et beløb af sit særeje til den anden ægtefælle for at sikre, at denne ikke stilles urimeligt ringe efter separation eller skilsmisse. Mange af de materielle regler om skiftet gælder stadig, i hvert fald i alt væsentligt i uændret form. Der er dog også ganske væsentlige nye elementer i reglerne, fx er skæringsdagen for, hvilke aktiver og passiver der indgår i boet, ændret. I de følgende afsnit omtales nogle af ændringerne i ægtefælleskifteloven (æsl.).

## 1. Skifterettens kompetence

Skifterettens kompetence i relation til ægtefællers formuer og enkelte andre sager (saglige kompetence) er fastsat i æsl. §§ 1-3. Det fremgår af æsl. § 1, stk. 1, nr. 1, at skifteretten behandler sager om deling af ægtefællers fællesbo, uanset om bodelene er negative. Der er herved åbnet mulighed for, at skifteretten kan tage stilling til, i hvilket omfang hver af ægtefællerne i det indbyrdes forhold skal bære gælden, selv om en eller begge er insolvente.<sup>2</sup> I øvrigt er der i æsl. § 1, stk. 2 hjemmel til, at delingen kan begrænses til en

<sup>2</sup> Jf. herom bemærkningerne til bestemmelsen i lovforslaget (L 193 2010-2011) samt *betænkning nr. 1518 2010* s. 284.

del af boet, hvilket fx kan være aktuelt, hvis der er enighed om en del af skiftet. Er der derimod kun uenighed om et enkelt spørgsmål, kan dette behandles efter reglerne om enkelttvister i æsl. § 2, jf. herom nedenfor.

Efter æsl. § 1, stk. 1, nr. 2 og 3 kan skifteretten behandle opløsning af ægtefællers sameje om flere særejeaktiver og opløsning af ugifte samlevendes sameje om flere aktiver i forbindelse med samlivets ophør. Dette er for så vidt en videreførelse af den hidtil gældende ret, idet skifteretten efter fællesboskifteloven kunne opløse samejer, når der var tale om sameje om flere aktiver, idet det betegnes som et bo, hvor skifteretten havde hjemmel til skifte i fællesboskiftelovens (fsl.) § 82. Derimod har skifteretten ikke hjemmel til behandlingen, hvis der kun er sameje om et enkelt aktiv. Også opløsning af andre boer, herunder interessentskabsboer og lign., der ikke behandles efter konkursreglerne, har skifteretten fortsat hjemmel til at foretage, jf. æsl. § 1, stk. 1, nr. 4. I øvrigt finder reglerne om bobehandler kun anvendelse på ægtefælleskifter efter nr. 1, ikke på de i nr. 2-4 nævnte tilfælde.

Skifteretten kan som hidtil behandle nogle sager om enkelttvister, og reglerne herom i æsl. § 2 er udvidet i forhold til de tidligere gældende regler. Efter æsl. § 2 kan skifteretten ikke alene behandle sager om enkelttvister, der opstår under den pågældende skifterets behandling af et bo efter § 1, men også enkelttvister der opstår under et privat skifte af ægtefællers fællesbo eller sameje om flere særejeaktiver. Det omfatter bl.a. selve opgørelsen og fordelingen af boets aktiver og passiver, og opgørelsen af bodelene og i givet fald af den del heraf, der indgår i bodelingen, jf. æsl. § 2, stk. 1, nr. 1 og 2.

Også vederlagskrav efter ægteskabsvirkningslovens § 23 og pensionskompensationskrav efter ægteskabsretslovens §§ 16 d-16 f er omfattet af skifterettens kompetence, jf. æsl. § 2, stk. 1, nr. 3 og 4. Hertil kommer afgrænsning af særejer, jf. æsl. § 2, stk. 1, nr. 5. Som noget ganske væsentligt nyt er særejekompensationskrav nu omfattet af skifterettens kompetence, jf. æsl. § 2, stk. 1 nr. 6. Det vil utvivlsomt efter omstændighederne kunne være en fordel, at vurderingen af, om en ægtefælle vil blive stillet urimeligt ringe i økonomisk henseende efter en separation eller skilsmisse, foretages i sammenhæng med et eventuelt skifte af det fællesbo, der i øvrigt måtte være. I øvrigt flyttes reglen om særejekompensation fra ægteskabslovens § 56 til æsl. § 67, og reglen vil ikke længere være en vilkårsregel, hvorom parterne skal være enige for at få separation eller skilsmisse ved bevilling, jf. herved den nye udformning af ægteskabslovens § 42. Særejekompensationskrav, der i øvrigt opstår uden forbindelse med en sag for skifteretten, kan af skifteretten behandles som en selvstændig sag, jf. æsl. § 2, st. 2. nr. 1.

Skifteretten kan tillige efter æsl. § 2, stk. 2, nr. 2 behandle selvstændige sager mellem ægtefæller om tilsidesættelse, ændring eller fortolkning af ægtefællers bodelingsaftaler. Dog kan skifteretten, hvis sagen om ægtefællers

aftaler også omfatter andet end bodelingen, henviser sagen til de almindelige domstole, jf. æsl. § 2, stk. 3.

Skifte i forbindelse med dødsboer er ikke omfattet af æsl. Det fremgår af æsl. § 3, at loven heller ikke finder anvendelse på længstlevende ægtefælles del af fællesboet, herunder skifte af uskiftet bo i længstlevendes levende live.

## 2. Indledende møde

Der kan tidligst anmodes om skifterettens bistand til deling af et fællesbo, når der er indgivet anmodning til statsforvaltningen om separation eller skilsmisse, afsagt dekret om bosondring eller anlagt sag om ægteskabets omstødelse, jf. æsl. § 10. Det er således ikke efter de nye regler nødvendigt, at der er en afgørelse om separation eller skilsmisse. Snarest muligt efter modtagelse af anmodningen indkalder skifteretten ægtefællerne til et vejlednings- og forligsmøde, hvor de har pligt til at møde personligt, jf. æsl. § 11. Mødet kan dog undtagelsesvis undlades, hvis det må anses for upåkrævet. Som eksempel på undladelse af mødet nævnes i bemærkningerne til forslaget, at begge parter er repræsenteret ved advokat, og der anmodes om direkte henvisning til bobehandler.

Hensigten med det indledende møde er at danne et overblik over ægtefællernes ejendele og få en afklaring af, om der er mulighed for at lave en bodelingsaftale. Med henblik herpå, skal ægtefællerne senest 7 dage før mødet indsende oplysninger om forhold af betydning for skiftet, herunder oplysninger om egne og i videst muligt omfang om ægtefællens aktiver og passiver og disses skønnede værdi samt om, hvilke spørgsmål der er uenighed om. I øvrigt kan skifteretten indhente de nødvendige oplysninger fra offentlige myndigheder, hvis disse ikke eller kun i utilstrækkeligt omfang indsendes, jf. æsl. § 12. Udebliver den ægtefælle, der har anmodet om skifterettens bistand, vil sagen kunne afvises, jf. nærmere æsl. § 13.

Skifteretten skal på mødet afklare, om de nødvendige oplysninger om ægtefællernes aktiver og passiver foreligger, og hvilke spørgsmål ægtefællerne er uenige om, jf. æsl. § 15. I øvrigt skal skifteretten i fornødent omfang vejlede om reglerne for bodelingen og bistå med at udfærdige en bodelingsaftale, hvis det findes ubetænkeligt. Skifteretten kan efter anmodning træffe bestemmelse om bevisførelse, hvis der er behov for det, og der kan undtagelsesvis afholdes et eller flere møder, med henblik på at bringe en aftale i stand, jf. nærmere § 15, stk. 3 samt § 16.

Bringes der ikke en aftale i stand, henviser skifteretten sagen til en bobehandler, hvis en af ægtefællerne anmoder om det, jf. æsl. § 17. Den, der begærer sagen henvist til bobehandler, skal stille sikkerhed for omkostninger derved efter skifterettens nærmere bestemmelse, jf. æsl. § 37. Skifteretten kan imidlertid fritage helt eller delvis for sikkerhedsstillelsen, hvis den på-

gældende ikke kan stille sikkerheden, og hvis det skønnes, at den pågældende vil få et boslodskrav, der er tilstrækkeligt til at dække udgifterne, jf. æsl. § 37, stk. 2. Begæres ikke henvisning, hæver skifteretten sagen, eller stilles en krævet sikkerhed ikke, afvises sagen.

### 3. Bobehandlere

Som nævnt indføres der ved æsl. et system med bobehandlere efter inspiration fra dødsbobehandlingen, hvor der som bekendt er et system med autoriserede bobestyrere. Efter æsl. § 45 autoriserer justitsministeren for hver retskreds et passende antal advokater til som bobehandlere at forestå behandlingen af ægtefælleskifter m.v. Skifteretterne udpeger de konkrete bobehandlere til de enkelte skifter, og bobehandlerne står under tilsyn af skifteretterne.

I øvrigt er der fastsat særlige regler om habilitet for bobehandlere, der selvsagt ikke må være nærtstående til en af parterne eller afhængig af denne, ligesom der ej heller som følge af den pågældendes interesse i sagens udfald eller af andre grunde må være tvivl om den pågældendes upartiskhed, jf. æsl. § 46. En bobehandler må heller ikke erhverve nogen del af boets aktiver. Det samme gælder nærtstående til bobehandleren eller ansatte i dennes virksomhed. Dette svarer til dødsboskiftelovens § 115, stk. 4. Denne regel skyldes tidligere påstande om misbrug, ikke blot i dødsboer, men også i konkursboer.

Som led i tilsynet kan skifteretten efter æsl. § 47 anmode bobehandleren om oplysninger om bobehandlingens forløb. Skifteretten kan pålægge bobehandleren at indgive indberetninger om bobehandlingens forløb, hvis det skønnes nødvendigt, og at foretage det fornødne til fremme af boets behandling. Er arbejdet ikke afsluttet inden 1 år efter sagens modtagelse, skal bobehandleren orientere skifteretten om bobehandlingens forløb og om, hvornår sagen forventes afsluttet. I øvrigt kan skifteretten tilbagekalde udpegningen, hvis den finder bobehandlerens varetagelse af sine opgaver uforsvarlig. Tilbagekalder skifteretten udpegningen af en bobehandler, udpeger den en ny, jf. æsl. § 48. Det kan fx blive tilfældet, hvis der indkommer klager over bobehandleren.

Som nævnt er det skifteretten, der udpeger en autoriseret bobehandler til at varetage den konkrete bobehandling. Ønsker ægtefællerne en bestemt autoriseret bobehandler, udpeger skifteretten i almindelighed denne, jf. æsl. § 18. Skifteretten kan dog efter æsl. § 18, stk. 2 tillade, at ægtefællerne i enighed vælger en bobehandler, der ikke er autoriseret, hvis særlige grunde taler for det. Fremsætter ægtefællerne under boets behandling i enighed ønske om en anden bobehandler, og forholdene taler for det, udpeger skifteretten en ny bobehandler efter stk. 1 og 2. Bliver den udpegede bobehandler forhindret, eller opfylder denne ikke længere betingelserne for at behandle bo-



et, udpeger skifteretten en ny bobehandler, jf. æsl. § 18, stk. 3 og 4. Hvis forholdene taler for det, kan skifteretten dog bestemme, at en bobehandler, hvis autorisation udløber, kan fortsætte behandlingen af et påbegyndt skifte.

#### 4. Bobehandlerens opgaver

Overordnet set skal bobehandleren varetage de praktiske opgaver ved et skifte og sørge for, at ægtefællerne er velinformerede om deres retsstilling, om forløbet af skiftet og om skiftets aktuelle stade. Det fremgår af æsl. § 19, at bobehandleren i nødvendigt omfang vejleder ægtefællerne om deres retsstilling og bistår ved praktiske spørgsmål under skiftet. En flot programmerklæring er indeholdt i andet punktum i § 19, hvorefter »Bobehandleren skal søge at opnå holdbare løsninger af ægtefællernes konflikter på en betryggende måde, hvor omkostningerne står i rimeligt forhold til boets værdier.«

Det afhænger selvsagt af den konkrete situation, hvorledes denne programmerklæring må udmøntes. I bemærkningerne til lovforslaget nævnes det, at vejledningen skal angå både juridiske og praktiske forhold, og at den i øvrigt kan afpasses afhængig af, om begge parter har advokat eller ej. Har kun den ene advokat, kan der være særlig grund til at vejlede den anden, og der vil eventuelt kunne være grund til at opfordre den svage part til at rådføre sig med en advokat med henblik på, om et forligstilbud bør accepteres. Efter omstændighederne kan der være årsag til at indstille til skifteretten, at den pågældende ægtefælle får beskikket en advokat.

Når der søges holdbare løsninger, kan det ofte være nødvendigt, at bobehandleren forsøger at mægle mellem ægtefællerne, således at der kan opnås et forlig. Der vil også kunne vejledes om, at omkostningerne ved fortsatte stridigheder efter omstændighederne kan overstige aktivernes værdi, fx stridigheder om deling af almindeligt indbo. Er det på den anden side klart, at der ikke kan opnås forlig, vil det været mest hensigtsmæssigt at opfordre til, at der anlægges sag efter æsl. § 20, stk. 4.

Efter § 20 skal bobehandleren løbende orientere ægtefællerne om bobehandlingens forløb og forventede afslutning. Bobehandleren skal i øvrigt allerede på det første møde, og når der i øvrigt er anledning til det, oplyse ægtefællerne om, hvordan salæret beregnes, og om den forventede størrelse deraf, hvis det er muligt, jf. æsl. § 21. Også andre omkostninger, der må forventes, skal der oplyses om. Disse oplysninger skal være skriftlige. Bobehandleren skal indkalde ægtefællerne til møde, når der er behov for det, og bobehandleren skal tage referat af møderne og af mundtlige tilkendegivelser fra ægtefællerne i øvrigt. Det skal fremgå, hvad ægtefællerne er enige og uenige om. Dette ville formentlig følge af god advokatskik, selv om der ikke var et udtrykkeligt påbud om det i loven.

Inden boets deling skal bobehandleren selvsagt sikre sig, at de oplysninger, der er nødvendige for at dele fællesboet, foreligger, jf. æsl. § 22. Hvis

en ægtefælle ikke efter opfordring meddeler oplysningerne, kan bobehandleren med den pågældendes samtykke indhente dem fra offentlige myndigheder og private, herunder forsikringsselskaber og penge-, pensions- og realkreditinstitutter. Ofte vil det formentlig være enklere, at ægtefællerne blot aftaler med bobehandleren, at denne indhenter oplysningerne, idet vedkommende formentlig typisk har en standardskrivelse, der kan anvendes dertil. Modsætter en ægtefælle sig, at oplysningerne indhentes, kan bobehandleren ikke uden videre indhente dem, men kan anmode skifteretten om at træffe afgørelse om det. Er det nødvendigt at anvende tvangsmidler, kan bobehandleren også anmode skifteretten om at træffe afgørelse om det. I øvrigt kan bobehandleren anmode skifteretten om at pålægge en ægtefælle eller enhver anden at give møde og afgive forklaring for skifteretten, hvis det skønnes nødvendigt af hensyn til afklaring af boets forhold.

Til brug for opgørelsen af boet skal bobehandleren i nødvendigt omfang lade aktiver og passiver vurdere og antage sagkyndig bistand. Modsætter en ægtefælle sig en vurdering eller antagelse af sagkyndig bistand, kan bobehandleren anmode skifteretten om at træffe afgørelse, jf. æsl. § 22, stk. 3 og 4. I øvrigt skal det snarest muligt afklares, om en eller begge ægtefæller ønsker et aktiv udlagt. I modsat fald skal bobehandleren sørge for, at aktivet afhændes på den for ægtefællerne bedste måde. Sker det ved auktion, finder retsplejelovens regler anvendelse. Også i disse tilfælde må bobehandleren anmode om skifterettens afgørelse, hvis en ægtefælle er uenig i realisationsmåden, jf. æsl. §§ 24 og 25.

## 5. Boopgørelse

Når der er klarhed over boets forhold, kan der udarbejdes et udkast til boopgørelse. Typisk vil der formentlig blive foretaget en samlet opgørelse, men hvis der er særligt behov for det, kan der udarbejdes opgørelse over en del af boet, hvis der er et sikkert grundlag for det, jf. æsl. § 27. Er der et sikkert grundlag for, at den ene ægtefælle ved afslutning af bobehandlingen vil have krav på et beløb fra den anden, kan bobehandleren efter anmodning fra førstnævnte ægtefælle henstille til den anden, at denne udbetaler et beløb til den førstnævnte ægtefælle, hvis der ikke er udsigt til en snarlig afslutning af boet, jf. æsl. § 26. Kan der ikke opnås enighed om det, kan bobehandleren anmode skifteretten om at træffe afgørelse, jf. æsl. § 26, stk. 2.

Bobehandleren udarbejder efter æsl. § 28 udkast til boopgørelse. Udkastet skal indeholde en redegørelse for alle væsentlige forhold af betydning for fællesboets deling og skiftets gennemførelse. I bestemmelsen er særlig nævnt en redegørelse for bobehandlingens forløb og de enkelte dele i selve opgørelsen, dvs. opgørelsen over hver ægtefælles aktiver og passiver, med angivelse af værdien, samt eventuelle indtægter og udgifter, der knytter sig

dertil, samt angivelse af eventuelle indbyrdes krav, herunder vederlags-, godtgørelses- og kompensationskrav.

Videre nævnes i bestemmelsen, at der skal angives udlæg af aktiverne og passiverne samt vilkårene herfor. Derefter nævnes indstilling om bobehandlerens salær og en indstilling vedrørende fordelingen af boomkostningerne, idet sidstnævnte dog som udgangspunkt fordeles ligeligt efter æsl. § 42.

Bobehandleren skal forelægge udkastet til boopgørelse for skifteretten og for ægtefællerne, jf. æsl. § 29. Det anføres i bestemmelsen, at det skal ske på betryggende måde. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget kan det være skriftligt. Det omfatter også e-mail, hvis det er aftalt mellem ægtefællerne og bobehandleren, at de vil kommunikere på den måde. Det kan også ske på et møde, hvor bobehandleren gennemgår udkastet med ægtefællerne.

Det anføres videre, at bobehandleren i forbindelse med forelæggelsen af udkastet for ægtefællerne bør sikre sig, at ægtefællerne er opmærksomme på, hvad en godkendelse af boopgørelsen indebærer. Bobehandleren skal endvidere gøre opmærksom på fristen for at gøre skriftlig indsigelse til skifteretten.

Hver af ægtefællerne kan skriftligt gøre indsigelse til skifteretten over udkastet, herunder bobehandlerens indstilling vedrørende salær og fordeling af boomkostningerne, inden for en frist på 4 uger efter modtagelsen af udkastet til boopgørelse, jf. æsl. § 29, stk. 2. Der kan både fremsættes indsigelse vedrørende de materielle forhold i bodelingen, bobehandlerens salær og fordelingen af boomkostningerne. Behandlingen af eventuelle indsigelser behandles nedenfor.

Det kan forekomme, at bobehandleren ikke kan afslutte bobehandlingen, inden arbejdet må standses. Det kan fx forekomme, fordi der ikke stilles fornøden øget sikkerhed som krævet efter æsl. §§ 37 og 38, fordi det timestal, en ægtefælle er blevet bevilget i medfør af en beslutning om fri proces, er opbrugt, eller fordi ægtefællerne selv ønsker at afslutte skiftet uden boopgørelse. I så fald skal bobehandleren udfærdige et udkast, der i videst muligt omfang sætter ægtefællerne i stand til selv at færdiggøre opgørelsen, jf. æsl. § 30. Hvis det sker, skal bobehandleren underrette skifteretten om, at arbejdet er afsluttet uden udfærdigelse af boopgørelse, og skal indstille størrelsen af sit salær og fordelingen af boomkostningerne. På samme måde, som når der er udarbejdet et udkast til boopgørelse, kan hver af ægtefællerne inden for en frist på 4 uger efter modtagelsen skriftligt gøre indsigelse til skifteretten over bobehandlerens indstilling vedrørende salær og fordeling af boomkostningerne.

## **6. Behandling af indsigelser – Stadfæstelse af boopgørelsen**

Modtager skifteretten inden for de 4 uger indsigelse mod bobehandlerens indstilling vedrørende salær og fordeling af boomkostningerne, træffer skif-

teretten afgørelse, jf. æsl. § 31. Bobehandleren må ikke kræve højere salær for sit arbejde, end hvad der kan anses for rimeligt, jf. æsl. § 40. Det er således ud fra denne målestok, skifteretten skal behandle salærklagen. Kommer der ikke indsigelse mod salærindstillingen, kan skifteretten imidlertid af egen drift ændre forslaget, men kun hvis salæret er åbenbart urimeligt, jf. æsl. § 33. Det er ikke givet, at der i retspraksis vil være stor forskel på det salær, skifteretten ville fastsætte ved en klage, og det salær skifteretten vil anse for at være åbenbart urimeligt, men det kan kun tiden vise.

Modtager skifteretten i øvrigt rettidigt indsigelse mod udkastet til boopgørelse, kan skifteretten rette fejl, som indsigelsen giver anledning til, hvis der ikke er berettiget tvivl om retstilstanden, eller anmode bobehandleren herom, jf. æsl. § 31, stk. 2. Skifteretten kan undtagelsesvis behandle en indsigelse, der er modtaget efter fristens udløb, men inden stadfæstelsen af boopgørelsen.

Anser skifteretten det ikke for rigtigt at foretage rettelse i udkastet til boopgørelse på grundlag af en indsigelse, meddeler skifteretten ægtefællerne, at der senest 4 uger efter modtagelsen af skifterettens meddelelse skal anlægges sag om tvisten efter reglerne i æsl. § 2, stk. 1, hvis ægtefællen fastholder indsigelsen.

Verserer der tvist om et enkelt spørgsmål, udsætter skifteretten sin stillingtagen til bobehandlerens udkast til boopgørelse, jf. æsl. § 34. Skifteretten har dog mulighed for at stadfæste de dele af boopgørelsen, der ikke er gjort indsigelse mod, hvis dette findes ubetænkeligt, jf. æsl. § 34, stk. 2. Stadfæstelse af en del af opgørelsen kan betinges af, at der stilles sikkerhed for den anden ægtefælles mulige krav efter en endelig boopgørelse, jf. æsl. § 34, stk. 3. Det vil fx kunne være hensigtsmæssigt at stadfæste en del af boopgørelsen, hvis det må anses for sikkert, at der skal udbetales et større beløb fra den ene ægtefælle til den anden, og der i øvrigt må forventes at forløbe længere tid, inden der kan træffes endelig afgørelse af enkeltspørgsmålet.

Skifterettens behandling af sagen afsluttes med, at skifteretten stadfæster boopgørelsen, jf. æsl. § 36. En stadfæstet boopgørelse kan tvangsfuldbyrdes efter retsplejelovens regler om tvangsfuldbyrdelse af domme. Der er dog mulighed for at kære skifterettens afgørelser.

## 7. Konflikter

Når ægtefællerne er enige om spørgsmål af betydning for boopgørelsen, lægges enigheden til grund, jf. æsl. § 28, stk. 2. I modsat fald lægger bobehandleren sin egen vurdering til grund, og i så fald kan en ægtefælle, når udkast til boopgørelse foreligger, fremsætte indsigelse imod det.

I en række andre tilfælde med relation til behandlingen af boet, kan bobehandleren ved uenighed med en eller begge ægtefæller indbringe sagen for

skifteretten, fx spørgsmålet om realisationsmåden for boets aktiver, jf. æsl. § 25, stk. 2 og om acontobetaling, jf. æsl. § 26, stk. 2.

Opstår der i øvrigt uenighed, kan bobehandleren opfordre ægtefællerne til at anlægge sag ved skifteretten med henblik på afklaring af spørgsmålet, jf. æsl. § 20, stk. 4. Anlægges der ikke i disse tilfælde sag, skal bobehandleren give en redegørelse for sin opfattelse af sagen. Denne opfattelse lægges til grund for den fortsatte behandling, idet bobehandleren dog igen kan opfordre til sagsanlæg, hvis en ægtefælle ikke er enig i vurderingen. Derved er der taget et rimeligt hensyn til ægtefællernes muligheder for at varetage hver deres interesser og samtidig til muligheden for, at bobehandleren kan komme videre med behandlingen.

Det har været forudsat, at det normalt ikke skulle være nødvendigt, at ægtefællerne har advokater. Bobehandlerens pligt til at vejlede begge parter om retsstillingen skulle normalt overflødiggøre det. Der kan imidlertid være tale om tilfælde, hvor retsstillingen ikke kan vurderes med sikkerhed, og navnlig i sådanne tilfælde vil der kunne være grundlag for, at der kan beskikkes en advokat, hvilket efter æsl. § 23 kan ske af skifteretten efter anmodning fra ægtefællen eller efter indstilling fra bobestyreren, hvis det ikke findes forsvarligt at behandle boet uden, at den pågældende har advokatbistand. I øvrigt nævnes det i bemærkningerne til lovforslaget, at der navnlig tænkes på tilfælde, hvor en ægtefælle på grund af sygdom eller manglende indsigt ikke er i stand til at varetage sine interesser. Endvidere nævnes tilfælde, hvor der er en betydelig forskel i parternes styrkeforhold, således at der kan være behov for bistand af egen advokat til at vurdere, om et forligsforslag skal accepteres.

## 8. Materielle regler

Ved indførelse af æsl. overførtes en række materielle regler fra den hidtidige placering i forskellige love til denne lov. Det gælder særligt reglerne i den samtidigt ophævede fællesboskiftelov, men også regler fra andre love er overført til æsl. Der er i vidt omfang tale om en i det væsentlige uændret overførsel, men der er imidlertid også enkelte egentlige nyheder.

### 8.1. Ophørsdagen

Blandt de egentlige nyheder kan særlig nævnes reglerne i § 51 suppleret af § 50. Sidstnævnte bestemmelse fastsætter det ikke overraskende, at grundlaget for opgørelsen af fællesboet er de aktiver og passiver, der hører til bodelene på ophørsdagen. Det nye i denne sammenhæng er § 51. Denne bestemmelse fastsætter, at formuefællesskabet ved separation og skilsmisse ophører ved udgangen af det døgn, hvor der indgivet begæring anmodning om separation eller skilsmisse til statsforvaltningen. Denne regel fremrykker ophørsdagen, der efter de hidtidige regler har været bevillingens dato eller dom til separa-

tion eller skilsmisse. Der kan således ikke længere spekuleres i at forhale ophørsdagen ved at trække en separations- eller skilsmissesag i langdrag.

Ved bosondring ophører formuefællesskabet ved udgangen af det døgn, hvori der er indgivet begæring om bosondring til skifteretten, jf. æsl. § 51, stk. 2. Bestemmelsen svarer til den nuværende regel med den modifikation, at ophørstidspunktet efter denne regel er udløbet af det pågældende døgn, ikke umiddelbart efter indgivelsen.

Ved omstødelse ophører formuefællesskabet ved udløbet af det døgn, hvori der er anlagt omstødsessag, jf. æsl. § 51, stk. 3. Denne regel indeholder i forhold til hidtidig ret en fremrykning af ophørstidspunktet til sagsanlægget modsvarende fremrykningen ved separation og skilsmisse.

Ægtefællerne kan aftale et andet ophørstidspunkt for formuefællesskabet end det, der følger af æsl. § 51, stk. 1-3, jf. æsl. § 51, stk. 4. En sådan aftale har også hidtil kunnet indgås, og den vil være at betragte som enhver anden aftale om bodelingen. Det anføres i bemærkningerne til bestemmelsen, at en sådan aftale kun kan indgås under skiftet; ikke tidligere. Aftale om en anden ophørsdag vil fx kunne være hensigtsmæssig, hvis skæringsdagen ligger relativt tæt på en dag, hvor der i forvejen er en opgørelse, fx et afsluttet regnskab.

Endelig bestemmes det i æsl. § 51, stk. 5, at skifteretten, hvis ganske særlige praktiske forhold gør sig gældende, efter indstilling fra bobehandleren kan bestemme, at ophørsdagen skal være en anden end det, der følger af æsl. § 51, stk. 1-3. Som det ses, er der således ikke hjemmel til at tilsidesætte ægtefælles aftale i medfør af denne bestemmelse (men den kan eventuelt tilsidesættes som en bodelingsaftale, hvis den medfører et ganske urimeligt resultat). Der kan heller ikke træffes afgørelse derom som en enkeltvist ved et privat skifte, idet bobehandleren skal indstille til skifteretten. Bestemmelsen kan ej heller anvendes, hvis det vil medføre en væsentlig forskydning i bodelingens økonomiske resultat.

Det vil fx være nærliggende at anvende bestemmelsen i æsl. § 51, stk. 5, hvis der er et regnskab pr. en dag, der lægger tæt på ophørsdagen efter § 51, stk. 1-1, hvis der ikke kan forventes at være væsentlige forskydninger i perioden. Derved vil der kunne spares en del arbejde for bobehandleren og dermed også en del omkostninger.

## **8.2. Fastlæggelse af bodelene**

I øvrigt bestemmes det i æsl. § 52 i overensstemmelse med hidtil gældende ret, at værdien fastsættes, således som den er på det tidspunkt, hvor der sker udlæg til modtageren eller, hvis udlæg ikke er sket forinden, ved skiftets afslutning.

Æsl. § 53 bestemmer, at hver ægtefælles bodel opgøres særskilt. Særeje kan inddrages under skiftet, hvis det er nødvendigt for at honorere krav efter

æsl. § 67 om en ægtefælle, der vil blive stillet urimeligt ringe, jf. herom nedenfor, eller krav efter retsvirkningslovens § 23 om vederlagskrav eller øvrige krav om justering af bodelen. Visse krav holdes dog uden for boopgørelsen efter æsl. § 53, stk. 2. Det gælder de netop nævnte krav efter æsl. § 67. Det gælder tillige krav efter ægteskabslovens § 26 om godtgørelse i anledning af omstødelse af et ægteskab samt krav efter retsvirkningslovens §§ 16 d og 16 e om pensionskompensation. Krav på forfaldne underholdsbidrag medregnes ikke som aktiv i den berettigede ægtefælles bodel. Derimod indgår de som passiv i den forpligtedes bodel.<sup>3</sup> I øvrigt er det direkte anført i æsl. § 57, at de krav, der er omfattet af § 53, stk. 2, kan forlanges dækket i den forpligtedes lod i boet.

Som hidtil har hver af ægtefællerne rådighed over sin bodel under skiftet, jf. æsl. § 54, der svarer til den tidligere fsl. § 66. Er der en nærliggende risiko for, at en ægtefælle på utilbørlig måde vil handle til skade for den anden ægtefælle, kan skifteretten fratage den pågældende ægtefælle rådigheden over bodelen. I så fald bestemmer skifteretten, hvordan aktiverne skal behandles under rådighedsfratagelsen, og skifteretten sørger for tinglysning af rådighedsfratagelsen, jf. § 54, stk. 2-4.

Fordringshaverne begrænses ikke under skiftet i adgangen til at søge fyldestgørelse hos de enkelte ægtefæller, jf. æsl. § 55.<sup>4</sup> Begge ægtefæller kan hver især forlange, at anden ægtefælle betaler eller stiller sikkerhed for den del af en fælles gæld, som vedkommende skal endeligt bære, jf. æsl. § 56.<sup>5</sup>

Genstande, der udelukkende tjener til en ægtefælles personlige brug, kan af den pågældende udtages forlods under den forudsætning, at værdien ikke står i misforhold til ægtefællernes formueforhold, jf. æsl. § 59. Genstande, der er erhvervet til børnenes brug, kan udtages forlods af den ægtefælle, hos hvem børnene bor, jf. æsl. § 59, stk. 2. Den forlods udtagelse indebærer, at genstandenes værdi ikke indgår i boet.<sup>6</sup>

### 8.3. Delingen

Er en ægtefælles bodel efter opgørelsen positiv, afgives halvdelen til den anden ægtefælle, jf. æsl. § 58. Det er netop udmøntningen af formuefællesskabet, det sker her. Er begge solvente, indebærer reglen, at ægtefællerne får hver halvdelen. Da de ikke hæfter for hinandens gæld, skal gælden ikke deles. Det er årsagen til, at det kun er den positive bodel, der skal deles. Ægtefællen bliver ikke ansvarlig for den andens gæld ved at modtage udlæg for sin boslod i den andens ejendele, jf. æsl. § 58, stk. 2. Var eller blev den æg-

<sup>3</sup> Bestemmelsen viderefører således i det væsentlige den ordning, der hidtil har været i fællesboskiftelovens (fsl.) § 65.

<sup>4</sup> Bestemmelsen svarer til den hidtidige fsl. § 67.

<sup>5</sup> Bestemmelsen i æsl. § 56 svarer til den hidtidige fsl. § 65 a.

<sup>6</sup> Bestemmelsen i § 59 svarer i alt væsentligt til den hidtidige fsl. § 68 a.

tefælle, der har afgivet aktiver til den anden, insolvent, kan der blive tale om at anvende konkurslovens omstødsregler, jf. udtrykkeligt æsl. § 58, stk. 2, sidste punktum.<sup>7</sup>

Loven indeholder imidlertid en række regler, der medfører, at ægtefællerne ikke deler fuldstændig lige. Ved skifte i anledning af omstødelse af ægteskab udtager hver ægtefælle forlods så meget af fællesboet, som svarer til, hvad denne har indbragt i boet ved ægteskabets indgåelse eller gennem senere erhvervelse ved arv eller gave eller har overført til fællesboet fra eget særeje. Strækker den fælles formue ikke til, sker der forholdsvis afkortning, jf. æsl. § 60. Er der et overskud efter den forlods udtagelse, deles det efter de almindelige regler.<sup>8</sup>

Også ved kortvarige ægteskaber kan der efter omstændighederne foretages en skævdeling af fællesboet. Hvis en ægtefælle har indbragt den væsentligste del af fællesboet på den i den netop nævnte § 60 angivne måde, og vil en lighedeling være åbenbart urimelig, navnlig fordi ægteskabet har været kortvarigt og uden økonomisk fællesskab af betydning, kan det ved skifte i anledning af separation, skilsmisse eller bosondring efter anmodning bestemmes, at boets deling skal finde sted således, at princippet i § 60 anvendes i det omfang, dette findes begrundet. Det er således et skøn, om og i bekræftende fald i hvilket omfang, lighedelingen skal fraviges.<sup>9</sup>

I æsl. § 62 er indeholdt en regel, der muliggør, at en ægtefælle i særlige tilfælde kan udtage en større del af boet end den halvdel, vedkommende normalt skulle have. Kan vedkommende ikke inden for sin andel udtage bohave og andet løsøre, der er nødvendigt for at opretholde hjemmet, og har vedkommende ikke udsigt til at kunne skaffe det fornødne på anden måde, kan det efter den pågældendes anmodning bestemmes, at en større del af boet skal tilfalde vedkommende, jf. æsl. § 62.<sup>10</sup> Bestemmelsen kan næppe anvendes ofte, da der ikke i mange boer vil være så lidt, at det fornødne bohave og andet løsøre ikke kan udtages inden for den del af fællesboet, der tilfalder den pågældende.

#### **8.4. Udlæg af ejendele**

Ægtefællerne har ret til at få udlagt ejendele efter vurdering, jf. æsl. § 63. Kræver ægtefællerne udlagt samme ejendel, skal den ægtefælle, til hvis bodel den hører, have fortrinsret, jf. æsl. § 63, stk. 2.<sup>11</sup> I overensstemmelse med den hidtidige retstilstand er der dog stadig mulighed for krydsende udtagelsesret for så vidt angår følgende aktiver:

<sup>7</sup> Bestemmelsen i æsl. § 58 svarer til den hidtidige bestemmelse i fsl. § 68.

<sup>8</sup> Bestemmelsen i æsl. § 60 svarer til den hidtidige fsl. § 69.

<sup>9</sup> Bestemmelsen svarer til den hidtidige fsl. § 69 a.

<sup>10</sup> Bestemmelsen i æsl. § 62 svarer til den hidtidige fsl. § 70.

<sup>11</sup> Bestemmelsen svarer i alt væsentligt til den hidtidige fsl. § 70 a.



1. Fast ejendom, der udelukkende eller hovedsagelig er beregnet til familiens bolig, kan udlægges til den anden ægtefælle, hvis boligen skønnes at være af den væsentligste betydning for denne ægtefælle af hensyn til at opretholde hjemmet.
2. Fast ejendom, der har tjent til sommerbolig for familien, kan udlægges til den anden ægtefælle, hvis sommerboligen skønnes at være af den væsentligste betydning for denne.
3. Erhvervsvirksomhed kan udlægges til den anden ægtefælle, hvis virksomheden udelukkende eller dog i det væsentlige er blevet drevet af denne.
4. Arbejdsredskaber og andet erhvervsløse kan udlægges til den anden ægtefælle, i det omfang dette skønnes rimeligt af hensyn til fortsættelsen af erhvervet.
5. Bohave og andet løse, der har hørt til det fælles hjem, kan udlægges til den anden ægtefælle, i det omfang dette skønnes rimeligt af hensyn til at opretholde hjemmet, eller i øvrigt fordi genstandene særligt har tjent den pågældende ægtefælles behov.

Undertiden har en ægtefælle behov for at udtage aktiver, hvis værdi overstiger bosloden. Det kan udmærket ske, men som udgangspunkt skal det overskydende beløb betales kontant til den anden ægtefælle, jf. æsl. § 64. Skifteretten kan i særlige tilfælde tillade afdragsvis betaling og kan fastsætte vilkårene herfor.<sup>12</sup>

### 8.5. Særejekompensationskrav

Når en af ægtefællerne har et betydeligt særeje, der er oparbejdet under samlivet, eller som har været af stor betydning for deres levevis, vil det kunne virke urimeligt hårdt for den ubemidlede eller mindrebemidlede ægtefælle, når ægteskabet ophører. Der er derfor mulighed for, at en ægtefælle, der har haft særeje, kan pålægges at afgive et beløb til den anden ægtefælle for at sikre, at denne ikke stilles urimeligt ringe i økonomisk henseende efter en separation eller skilsmisse. Det forudsætter dog, at ægtefællernes formueforhold, ægteskabets varighed og omstændighederne i øvrigt i særlig grad taler for det. Reglen kan også anvendes med hensyn til rettigheder, der er uoverdragelige eller i øvrigt af personlig art, og som ikke indgår i bodelingen, jf. æsl. § 67.<sup>13</sup>

Et krav efter æsl. § 67 kan gøres gældende i forbindelse med et skifte mellem ægtefællerne, men kan ikke gøres gældende efter, at skiftet er sluttet med en afsluttet boopgørelse, jf. æsl. § 67, stk. 3. Er der ikke i forvejen et skifte mellem ægtefællerne eller sag om sameje om særejeaktiver, kan der anlægges selvstændig sag om kravet ved skifteretten, når der er indgivet anmodning til statsforvaltningen om separation eller skilsmisse, jf. æsl. § 67, stk. 3.

<sup>12</sup> Bestemmelsen i æsl. § 64 svarer i det væsentlige til den hidtidige fsl. § 70 b.

<sup>13</sup> Bestemmelsen i æsl. § 67 svarer i alt væsentligt til den regel, der tidligere fandtes i ægteskabslovens § 56.

Efter de hidtidige regler var det et vilkår for separation eller skilsmisse ved bevilling, at der var enighed om særejekompensationskrav. Krav efter ægteskabslovens § 56 måtte fremsættes under en separations- eller skilsmis-sesag og kunne ikke senere gøres gældende. Med den samtidige ændring af ægteskabslovens § 42 er det imidlertid ikke længere et vilkår, hvorom der skal være enighed som betingelse for bevilling til separation eller skilsmisse.

## 9. Omkostninger

Ved gennemførelse af ægtefælleskifteloven var det tillige hensigten at begrænse udgifterne ved et offentligt skifte. Det gælder både for så vidt angår advokatomkostninger og retsafgifter. Det har som nævnt været tanken, at parterne normalt ikke skulle have behov for advokatbistand under det offentlige skifte, idet bobehandleren skal vejlede begge parter om deres retsstilling. Det er da også hovedreglen, at omkostninger ved skiftet deles lige mellem parterne, jf. æsl. § 42. Er det imidlertid sådan, at den ene ægtefælle på uforsvarlig måde har givet anledning til en større del af udgifterne, fx ved at fremsætte indsigelser uden rimelig anledning, kan skifteretten pålægge denne en større del af udgifterne. Hertil kommer at skifteretten i ganske særlige tilfælde kan pålægge en ægtefælle at erstatte den anden ægtefælles udgifter til advokat.

Ved et offentligt skifte af ægtefællernes fællesbo har de hidtidige regler om retsafgift medført, at det blev uforholdsmæssigt dyrt. Ved ikrafttræden af æsl. træder imidlertid samtidig en ændring af retsafgiftsloven (ral.) i kraft. Der indføres et nyt kapitel om ægtefælleskifte. For en anmodning om bistand til skifte efter æsl. § 1 svares en afgift på 400 kr., jf. ral. § 34 a. Denne afgift bortfalder dog, hvis anmodningen vedrører et fællesboskifte med en samlet formuemasse på højst 15.000 kr., uden at begge ægtefællers bodele er negative, jf. ral. § 34, stk. 3.

Af boer, der behandles ved bobehandler, betales endvidere en afgift på ½ % af boets formuemasse, idet der dog højst skal betales 10.000 kr. Afgiften bortfalder dog, hvis formuемassen er på højst 15.000 kr., jf. ral. § 34 b, jf. § 34 a, stk. 3. Omfatter skiftet kun en del af boet, beregnes der kun afgift af den del, der indgår under skiftet.

Ved et bos formuemasse forstås i ral. som udgangspunkt boets aktiver uden fradrag af gæld eller lignende. For pantsatte aktiver gælder dog særlige regler i ral. § 31.

Tidligere var procentdelen for afgiften større, og der var ikke en begrænsning på 10.000 kr. Der vil derfor typisk være tale om en ganske væsentlig lempelse med hensyn til afgiften. Dette vil formentlig være den helt afgørende omkostningsbesparelse ved et offentligt skifte i forhold til tidligere.

## 10. Afsluttende bemærkninger

Loven om ægtefælleskifte træder som nævnt i kraft den 1. marts 2012. Som det kan ses, vil de materielle regler om skiftet i alt væsentlig svare til de hidtidige, idet der dog er sket en vis samling af reglerne i ægtefælleskifteloven. På det materielle plan er det nok reglen om ophørstidspunktet af formuefællesskabet, der er den største nyhed. En anden væsentlig nyhed er, at urimeligt-ringe reglen (tidligere ægteskabslovens § 56 ved ikrafttræden af de nye regler æsl. § 67) ikke længere er et vilkår, hvorom der behøver at være enighed som betingelse for separation eller skilsmisse ved bevilling.

Den i loven valgte model med en bobehandler er også helt ny. Den minder ret meget om dødsbomodellen med en bobestyrer, men der er selvsagt betydelige forskelle på reglerne under hensyn til forholdenes forskelligheder. Modellen med en bobehandler vil næppe i sig selv medvirke til at begrænse omkostninger ved et offentligt skifte i væsentligt omfang, idet det må formodes, at bobehandlerens salær nogenlunde vil svare til det salær, der efter de hidtidige regler har skullet betales til en medhjælper. Derimod vil afgiftsnedsettelsen så vidt ses kunne virke som en ganske væsentlig omkostningsreduktion. Derved kan omkostningerne ved et offentligt skifte antages at ligge på et rimeligt niveau. Selvsagt vil det dog fortsat være billigst at skifte privat. Om antallet af offentlige skifter vil stige som følge af omkostningsreduktionen, kan kun fremtiden vise.

# Det retskildemæssige hierarki i national og EU-kapitalmarkedsret post-MiFID

af

*Niels Skovmand Rasmussen*

## 1. Indledning

I nærværende artikel beskrives et ph.d.-projekt med den foreløbige titel: »Det retskildemæssige hierarki i national og EU-kapitalmarkedsret post-MiFID.«

Projektet omfatter tre dele, nemlig: En retsteoretisk analyse af reguleringsmodellen, en retsdogmatisk analyse af reguleringen samt en retspolitisk vurdering af reguleringsstrategien.

Første del indeholder en retsteoretisk analyse af reguleringsmodellen efter MiFID-direktivet. Begreberne blød og hård børsret samt samregulering introduceres, og der argumenteres for, at den seneste regulering tilhører sidstnævnte kategori. Denne argumentation støttes på en analyse af de anvendte reguleringsformer og -mekanismer, hvor der sættes fokus på de indbyggede modsætningsforhold i reguleringen. Herefter følger en fortolkning af, hvilken betydning den skitserede retsudvikling har for retskildehierarkiet inden for børs- og kapitalmarkedsretten.

Anden del består af en retsdogmatisk analyse af reguleringen efter MiFID-direktivet. Til brug herfor inddrages udvalgte cases, som illustrerer forskellige aspekter af samspillet mellem de bløde og hårde retskildetyper. Disse omfatter på nuværende tidspunkt:

- Anbefalinger for god selskabsledelse
- Regler for udstedere af aktier

Disse regelsæt underkastes analyse og fortolkning med henblik på at fastlægge og behandle de juridiske problemstillinger, som udspringer af den konkrete reguleringsform. Dette belyser samtidig de praktiske problemstil-

linger, som er forbundet med brugen af samregulering inden for børs- og kapitalmarkedsretten.

Tredje del er en retspolitisk vurdering af reguleringsstrategien efter MiFID-direktivet. Her sammenholdes de teoretiske betragtninger om reguleringsmodellen i første del med de konkrete problemstillinger forbundet med brugen af samregulering i anden del. På den baggrund besvares projektets hovedproblemstilling, nemlig: Hvilke problemstillinger giver det anledning til samt konsekvenserne heraf, når et mere fleksibelt og kontekstafhængigt retskildehierarki introduceres inden for børs- og kapitalmarkedsretten i såvel nationalt som internationalt perspektiv post-MiFID?

## 2. Baggrund

### 2.1. Retspolitiske hensyn

Regelfastsættelsen på børs- og kapitalmarkedsrettens område sker først og fremmest ud fra betragtninger om børsmarkedet som en handelsplads.<sup>1</sup> I dette perspektiv omfatter de retspolitiske hensyn i særdeleshed konkurrence og investorbekyttelse, hvortil kan tilføjes gennemsigtighed samt harmonisering.<sup>2</sup> Den retlige regulering kan således anskues som konkurrenceparameter for udstedere og de finansielle formidlingsvirksomheder, hvorfor det er afgørende for at sikre en effektiv, grænseoverskridende konkurrence, at der etableres en klar og lige byrdefuld regulering på EU-plan, benævnt a level playing field.<sup>3</sup>

Børs- og kapitalmarkedsretten får desuden en folkeretlig dimension i takt med en stigende internationalisering af markeder og reguleringsinitiativer.<sup>4</sup> Således har staternes suverænitet, hvorved forstås at en stat ikke skal tåle indblanding i sine indre anliggender fra andre stater,<sup>5</sup> haft en indflydelse i hvert fald på den tidlige retsudvikling inden for området.

Om forholdet mellem de enkelte hensyn kan det siges, at de på visse områder er i indbyrdes overensstemmelse, mens de på andre områder står i klar modsætning til hinanden:

Et lighedsforhold gør sig eksempelvis gældende i relation til bestemmelserne i Direktivet for markeder i finansielle instrumenter (MiFID-direktivet) om best execution, hvorefter værdipapirhandlere ved udførelse af ordrer skal træffe alle rimelige foranstaltninger for at opnå

<sup>1</sup> *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff*, Børs- og kapitalmarkedsret, 4. udg. (2008) s. 53.

<sup>2</sup> *Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen*, Børsretten I, 4. udg. (2011) s. 43ff.

<sup>3</sup> Hvidbog om gennemførelse af det interne marked, jf. KOM (85) 310, punkt 107.

<sup>4</sup> *Rafael Leal-Arcast*, The multilateralization of international investment law, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation (2009) s. 51ff.

<sup>5</sup> *Peter Germer*, Indledning til folkeretten, 4. udg. (2010) s. 31.

det efter omstændighederne bedste resultat for deres kunder.<sup>6</sup> Dette styrker dels *investorbeskyttelsen*, eftersom det for detailkunder er præciseret, at best execution bestemmes ud fra størrelsen af det samlede vederlag.<sup>7</sup> Dels skærper det *konkurrencen* mellem de enkelte handelsplatforme, idet værdipapirhandlere har pligt til at udføre deres ordrer på den platform, som sikrer det bedste resultat for deres kunder.<sup>8</sup>

Som eksempel på en modsætning mellem hensynene ses MiFID-direktivets opgivelse af Concentration-rules, der sikrede de nationale børser i medlemsstaterne monopol, og indførelse af nye handelsplatforme, herunder reguleret marked, multilateral handelsfacilitet og systematisk internalisering.<sup>9</sup> Dette medførte en betydelig *konkurrence* mellem såvel forskellige typer af handelsplatforme som markedspladser beliggende i forskellige medlemsstater.<sup>10</sup> Omvendt har det ført til en fragmentering af markedet, hvor handlen med de samme finansielle instrumenter er spredt over flere platforme, med lavere likviditet og *gennemsigtighed* til følge.<sup>11</sup>

Det betyder enten, at der i valget af reguleringsform sker en prioritering eller afvejning af de retspolitiske hensyn, eller også kan man søge at udforme en regulering med flere forskellige retlige karakteristika. Det er netop dette samspil mellem de bløde og hårde retskildetyper, som er projektets genstand.

## 2.2. Reguleringsformerne

Om end de enkelte beskyttelseshensyn har været et gennemgående tema i retsudviklingen de seneste 30 år, så har det været med varierende vægtning og gennemslagskraft i reguleringsformen. Der kan på den baggrund opstilles forskellige paradigmer, nemlig: Blød og hård børsret samt samregulering.<sup>12</sup>

### 2.2.1. »Blød« børsret

Ved »blød« børsret forstås i nærværende sammenhæng:

En normativ regulering af markedsaktørerne, hvis indhold kun i begrænset omfang fremtræder formelt eller fikseret. Reglerne er mindre autoritativt fastsat af regeludstedende instanser, der er tillagt kompetence hertil, såsom EU-kommissionen og Københavns Fondsbørs (i dag

<sup>6</sup> *Chris Skinner*, The Future of Investing – In Europe's Markets after MiFID, 1. udg. (2007) s. 31ff.

<sup>7</sup> *Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen*, Børsretten I, s. 168.

<sup>8</sup> Frequently Asked Question on MiFID: Draft Implementing 'Level 2' measures, Reference: MEMO/06/57, Published by the European Commission on 6 February 2006.

<sup>9</sup> *Chris Skinner*, The Future of Investing – In Europe's Markets after MiFID, s. 5ff.

<sup>10</sup> *Chris Skinner*, The Future of Investing – In Europe's Markets after MiFID, s. 151.

<sup>11</sup> Review of the markets in financial instruments, Directive MiFID, s. 21.

<sup>12</sup> Sml. KOM (2001) 428, Nye Styreformer i EU. En hvidbog, s. 21.

NASDAQ OMX Copenhagen). Reglernes effektivitet er ikke baseret på en retlig sanktion ved overtrædelse, men beror derimod på aktørernes frivillige efterlevelse heraf.

Før den danske børsreform I i 1985/86 kan reguleringen betegnes som »blød« børsret, eftersom den var princip-baseret, ikke-bindende og overvejende privatretligt funderet.

I 1977 fremsatte EU-Kommissionen en henstilling til medlemsstaterne om europæiske etiske regler vedrørende handel med værdipapirer.<sup>13</sup> Henstillingen var imidlertid ikke bindende for modtageren, og Danmark var derfor blandt de få medlemsstater, der fulgte henstillingen.

I 1979 blev det første sæt skriftlige børsetiske regler udstedt af Københavns Fondsbørs, hvilket var opdelt i tre niveauer: En grundlæggende målsætning, generelle principper og supplerende regler. Målsætningen var imidlertid vagt formuleret, nemlig at få værdipapirmarkedet til at fungere effektivt, og de generelle principper var ligeledes holdt i overordnede og vage vendinger, mens de supplerende regler skulle opfattes som ikke udtømmende eksempler på anvendelsen af de generelle principper.<sup>14</sup> Desuden var der ikke knyttet nogen retlig sanktion til reglernes overtrædelse.<sup>15</sup>

Bag reguleringen var der et afgørende hensyn til medlemsstaternes suverænitet samt princippet om national behandling, hvorefter stater ikke må diskriminere mellem henholdsvis indenlandske og udenlandske investeringer.<sup>16</sup>

### 2.2.2. »Hård« børsret

I projektet defineres »hård« børsret som:

En normativ regulering af markedsaktørerne, der er karakteriseret ved en udtrykkelig form og et højt detaljeringniveau. Reglerne er autoritativt fastsat af regeludstedende instanser, der er tillagt en kompetence hertil. Reglernes effektivitet er baseret på en retlig sanktion enten i form af straffebestemmelser eller børsretlige sanktionsbestemmelser.

Efter børsreform I udvikledes en »hård« børsret, hvor det offentligretlige element blev styrket, og reguleringen skete i bindende form, ligesom en stigende detailregulering fandt sted.

I 1986 blev Fondsbørsloven vedtaget, hvorefter Københavns Fondsbørs fik lovhjemmel til at udstede regler om oplysningsforpligtelser for udstedere af børsnoterede værdipapirer samt børsetiske regler.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> EFT 1977 L 212/37.

<sup>14</sup> Jesper Lau Hansen, *Fondsbørsen* (1999) s. 183.

<sup>15</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 26.

<sup>16</sup> Rafael Leal-Arcast, *The multilateralization of international investment law*, s. 54.

<sup>17</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 28.

Efter vedtagelsen af værdipapirhandelsloven i 1995 – som et helt centralt element i børsreform II – udvikledes en egentlig børs- og kapitalmarkedsret.<sup>18</sup> Der blev her opstillet omfattende krav til såvel udstedelse og omsætning mv. af værdipapirer som de virksomheder, der udgør værdipapirmarkedets infrastruktur.<sup>19</sup>

Selvom værdipapirhandelsloven oprindeligt blev udformet som en rammelov, så medførte et betydeligt antal ændringer i årene efter, at loven nu også indeholder detailregler. Dette gælder f.eks. regler om spekulationsforbud mv. for ledelsesmedlemmer af infrastrukturselskaberne, jf. værdipapirhandelsloven §§ 12 a-f.<sup>20</sup>

Den samme udviklingstendens ses i øvrigt på europæisk plan, hvor de fleste børsretlige delelementer, som EU-Kommissionen i 1977 henstillede, at medlemsstaterne udarbejdede regler om, blev erstattet af direktiver.<sup>21</sup>

Udviklingen skal ses i sammenhæng med et øget fokus på harmonisering som følge af en stigende international værdipapirhandel. Denne stigning kan bl.a. tilskrives væksten i det institutionelle ejerskab og en øget konkurrence fra udenlandske markedspladser.<sup>22</sup>

### 2.2.3. Samregulering

Ved samregulering forstås i almindelighed en kombination af på den ene side lovgivnings- og forskriftsmæssige initiativer og på den anden side selvregulering og andre initiativer truffet af de mest berørte aktører på grundlag af deres praktiske erfaring.<sup>23</sup> Med udgangspunkt heri defineres børsretlig samregulering på følgende måde:

En normativ regulering af markedsaktørerne, hvis udtrykkelige form og detaljeringsniveau suppleres med elementer, der kun i begrænset omfang fremtræder formelt eller fikseret. Reglerne kan desuden være fastsat mere eller mindre autoritativt af regeludstedende instanser, der er tillagt en kompetence hertil. Reglernes effektivitet er baseret på en retlig sanktion – enten direkte eller indirekte – i form af straffebestemmelser eller børsretlige sanktionsbestemmelser.

Efter MiFID-direktivet i 2007 ændres reguleringsstrategien, eftersom man i stigende grad anvender en form for samregulering. Reguleringen er her kendetegnet ved både at være princip- og detailbaseret, ligesom anvendelsen

<sup>18</sup> Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 60.

<sup>19</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 30ff.

<sup>20</sup> Betænkning nr. 1290/1995 Børsreform II, bind 1, s. 24ff. og bemærkningerne til værdipapirhandelsloven FT 1995-1996, Tillæg A, s. 1967, s. 2.

<sup>21</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 43.

<sup>22</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 29.

<sup>23</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, 3. udg. (2011) s. 104.



af ikke-bindende forskrifter kombineres med retlig bindende regulering, og hjemmelsgrundlaget indeholder såvel offentlig- som privatretlige elementer.

Lamfalussy-rapporten<sup>24</sup> i 2001 betød en niveau-delning af den EU-retlige regulering, hvor niveau 1 indeholder de overordnede principper og fundamentale krav, mens niveau 2 består af detaljerede og teknisk betonedede regler.<sup>25</sup> Således er MiFID-direktivets bestemmelser om det europæiske pas, der oprindeligt blev introduceret under Investerings servicedirektivet, fastsat på niveau 1, mens de mere detaljerede krav til virksomhedsindretning, kunderelationer og udførelse af ordre mv. er fastsat på niveau 2.<sup>26</sup>

Inden for området Corporate Governance havde indførelsen af comply or explain-princippet, jf. årsregnskabsloven § 107 b, stk. 3, som konsekvens, at de hidtidige frivillige anbefalinger trådte et trin opad i det retlige hierarki.<sup>27</sup> Tilsvarende kan ESMA (tidligere CESR) i forbindelse med den nye tilsynsstruktur for de finansielle markeder på EU-plan udstede både retligt bindende og frivillige regler.<sup>28</sup>

De regulerede markeders lovhjemlede regeludstedelse er desuden i Danmark blevet begrænset til medlemmerne, jf. værdipapirhandelsloven § 19, stk. 1, og betingelserne for optagelse af aktier, jf. værdipapirhandelsloven § 21, stk. 1, hvorimod oplysningsforpligtelser mv. alene kan fastsættes på privatretligt grundlag.<sup>29</sup>

Den seneste regulering har navnlig været præget af hensynet til konkurrence og investorbekyttelse,<sup>30</sup> hvilket bl.a. skyldes en fragmentering af markedet efter implementering af MiFID-direktivet.<sup>31</sup>

Den netop beskrevne reguleringsmæssige tendens må forventes at fortsætte i MiFID II, som forventes offentliggjort i løbet af oktober 2011.

### 2.3. Retskildemæssige overvejelser

Den ovenfor beskrevne udvikling giver anledning til en række centrale retskildemæssige overvejelser angående retskildehierarkiet inden for børs- og kapitalmarkedsretten. I det følgende gives der ét eksempel herpå, for så vidt angår retskildernes prioritering.

<sup>24</sup> Financial report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets af 15. februar 2001.

<sup>25</sup> *Chris Skinner*, The Future of Investing – In Europe's Markets after MiFID, s. 14.

<sup>26</sup> *Chris Skinner*, The Future of Investing – In Europe's Markets after MiFID, s. 15ff.

<sup>27</sup> *Nis Jul Clausen & Paul Krüger Andersen*, Børsretten I, s. 198.

<sup>28</sup> [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu).

<sup>29</sup> *Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen*, Børsretten I, s. 60.

<sup>30</sup> *Donald C. Langevoort*, Introduction: Issue on the harmonization of the securities laws, Law and Policy in International Business (2002) s. 444.

<sup>31</sup> Public Consultation: Review of the market in financial instruments, directive MiFID, s. 8.

Det følger af *lex superior*-princippet, at en regel på højere niveau går forud for en regel på lavere niveau,<sup>32</sup> og retskilderne kan som følge heraf prioriteres i en vis udstrækning. Dette gælder i såvel national ret som EU-retten:

»Den deskriptive retskildelære hævdede, at der ikke er nogen rangorden mellem retskilderne. Her må dog tages den reservation, som læren også tog, nemlig at lovgivningen og retspraksis har indbyrdes rangorden... Hvad der tænkes på er, at der ikke er nogen rangorden mellem de forskellige hovedgrupper af retskilder.<sup>33</sup>«

»... traktater går forud for sekundære retsakter, der netop skal have hjemmel i en traktat... Endvidere er der en klar gruppe af svagere retskilder, den EU-retlige softlaw med henstillinger og anbefalinger. En sådan er formelt underordnet den bindende regulering... Herudover er der ikke noget hierarki, bl.a. fordi der ikke er noget hierarki mellem institutionerne.<sup>34</sup>«

I overgangen fra blød til hård børsret benyttedes primært retskilder inden for de enkelte hovedgrupper, f.eks. ses værdipapirhandelsloven og diverse bekendtgørelser i national ret samt direktiver i EU-retten, og retskilderne kunne derfor rangordnes. Derimod får anvendelsen af samregulering som konsekvens, at retskilderne i stigende grad falder uden for hovedgrupperne, og at *lex superior*-princippets anvendelsesområde derfor indskrænkes.

Det betyder, at der ikke findes nogen generel retningslinje for, hvorledes retsvalget skal foretages. Man vil i stedet skulle inddrage overvejelser om, hvilken regel der i den konkrete situation fører til det mest rimelige resultat, eller som bedst imødekommer lovgivers intentioner.<sup>35</sup>

Ved retskildehierarki forstås en bestemt rangorden for, hvorledes retskilderne afvejes.<sup>36</sup> I lyset af den beskrevne udvikling må retskildehierarkiet inden for børs- og kapitalmarkedsretten antages at ændre karakter; fra et hierarkisk formelt retskildesystem til et mere fleksibelt og kontekstafhængigt hierarki.<sup>37</sup>

Retstilstanden vil herefter fremstå mere uforudsigelig for så vidt angår reglernes anvendelse og håndhævelse, idet afgørelseskompetencen er fordelt

<sup>32</sup> *Peter Blume*, Juridisk metodelære, 3. udg. (2004) s. 165.

<sup>33</sup> *Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 1. udg. (2004) s. 294.

<sup>34</sup> *Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, s. 339.

<sup>35</sup> *Peter Blume*, Juridisk metodelære, s. 165.

<sup>36</sup> *Peter Blume*, Juridisk metodelære, s. 76.

<sup>37</sup> *Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, s. 316.

mellem flere instanser, nemlig markedspladser, offentlige myndigheder samt domstole.<sup>38</sup>

### 3. Problemstillinger

#### 3.1. Hovedproblemstilling og afgrænsning

Projektets hovedproblemstilling har følgende ordlyd:

»Det ønskes belyst, hvilke problemstillinger det giver anledning til samt konsekvenserne heraf, når et mere fleksibelt og kontekstafhængigt retskildehierarki introduceres inden for børns- og kapitalmarkedsretten i såvel nationalt som internationalt perspektiv post-MiFID.«

Det har særlig relevans at beskæftige sig med de retskonflikter, der opstår i samspillet mellem forskellige reguleringsformer inden for børns- og kapitalmarkedsretten. Dette skyldes for det første, at der foreligger retskildepolycentri inden for området; herved forstås at reguleringen i dag baseres på en række forskelligartede retskilder tilvejebragt af flere regelfastsættende organer (internt).<sup>39</sup> For det andet er reguleringen i vid udstrækning påvirket af EU-retten, hvilket gør det aktuelt at diskutere en europæisering af retskilde- og fortolkningslæren (eksternt).<sup>40</sup>

Afgrænsningen til området for børns- og kapitalmarkedsret – omfattende den samlede regulering af det finansielle marked<sup>41</sup> – er primært begrundet i et ønske om at sikre en tilstrækkelig behandlingsbredde. Efter at de enkelte cases er fastlagt, kan området efter behov indskrænkes yderligere til børnsretten e.l.

Baggrunden for at inddrage såvel et nationalt som internationalt perspektiv er, at EU-retten samt fremmed ret og standarder spiller en helt afgørende rolle i udviklingen af den nationale regulering på området.<sup>42</sup>

I unionsretten har den Finansielle Handlungsplan og Lamfalussy-proceduren medført en betydelig harmonisering af reglerne for det finansielle marked inden for EU. Således indeholder direktiver udstedt på niveau to på en lang række punkter meget detaljerede regler, ligesom der i visse tilfælde er tale om fuldharmonisering, og Kommissionen har desuden anvendt forordninger som gennemførelsesforanstaltninger, hvilket udelukker national implementering. I forbindelse med den nye tilsynsstruktur for de finansielle markeder på EU-plan kan ESMA desuden udstede retligt bindende regler på niveau tre.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten* I, s. 61 ff.

<sup>39</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten* I, s. 42.

<sup>40</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 47.

<sup>41</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten* I, s. 12.

<sup>42</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten* I, s. 68.

<sup>43</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten* I, s. 52 ff.

I international sammenhæng kan amerikansk ret tænkes inddraget, eftersom den i betydelig omfang er tillagt eksterritorial anvendelse og betragtes som international standardsætter; således har større, internationalt orienterede markeder fastsat egne børsretlige regler under hensyn til de krav, der er blevet stillet i USA.<sup>44</sup> I øvrigt har internationale organisationer såsom OECD, IOSCO og IASB på deres respektive områder bidraget til globalisering af markederne.<sup>45</sup>

Afgrænsningen Post-MiFID skal ses i sammenhæng med, at reguleringsformerne før MiFID-direktivet er velbeskrevet i teorien, og at der fremstillingsteknisk sikres den fornødne behandlingsdybde svarende til et ph.d.-projekt. Herudover fremtræder de problemstillinger, som i projektet ønskes belyst, tydeligst i den seneste regulering, ligesom der kan behandles gældende regelsæt.

### 3.2. Delproblemstillinger

Med henblik på at løse projektets hovedproblemstilling opdeles denne i følgende delproblemstillinger:

- Hvilken indflydelse har den nævnte retsudvikling på reglernes *retskildemæssige værdi*, og hvilke konsekvenser giver det anledning til?
- Hvilken indflydelse har den nævnte retsudvikling på reglernes *forpligtende virkning*, og hvilke konsekvenser giver det anledning til?
- Hvilken indflydelse har den nævnte retsudvikling på reglernes *retskildepolycentri*, og hvilke konsekvenser giver det anledning til?
- Hvilken indflydelse har den nævnte retsudvikling på reglernes *legalitet*,<sup>46</sup> og hvilke konsekvenser giver det anledning til?

Disse begreber (funktioner) har gennem tiden været benyttet til at beskrive retskildehierarkiet, f.eks. ses Bentzons sondring mellem primære og sekundære retskilder på baggrund af reglernes forpligtende virkning.<sup>47</sup> Det skønnes derfor relevant at tage udgangspunkt heri, når ændringerne i retskildehierarkiet søges beskrevet.

<sup>44</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 68.

<sup>45</sup> Donald C. Langevoort, Introduction: Issue on the harmonization of the securities laws, s. 465ff.

<sup>46</sup> I betydningen hjemmelsgrundlaget.

<sup>47</sup> Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller, *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, s. 282.

### 3.3. Retskildemæssig værdi

Ved retskildemæssig værdi forstås retskildens vægt i den juridiske argumentation, og den afgøres bl.a. ud fra graden af (politisk) legitimation og formalisering:

Ved legitimation forstås gyldighed; et krav om at de værdier, som retten tilsigter at varetage, er i overensstemmelse med de til enhver tid gældende samfundsnormer.<sup>48</sup> Lovgivningen er her demokratisk legitimeret, fordi den vedtages af Folketinget.<sup>49</sup> Derimod dækker begrebet formalisering over, hvor formelt eller fikseret de enkelte retskilder fremtræder, samt hvor velordnet deres tilblivelse er.<sup>50</sup>

Overgangen fra detailregulering til én i højere grad principbaseret regulering mindsker formaliseringsniveauet, eftersom denne type retskilde er væsentlig mindre præcis og ikke indeholder den samme binære struktur som retsregler.<sup>51</sup>

I teorien er der sat spørgsmålstejn ved hensigtsmæssigheden af denne udvikling med henvisning til retstilstandens forudsigelighed. Dette gælder dels retsanvendelsen, hvor det er lettere for markedsaktørerne at afgøre, om detailregler er overholdt, dels retshåndhævelsen og dermed retssikkerheden, idet afgørelsen i højere grad vil bero på et uforudsigeligt skøn.<sup>52</sup>

Anvendelsen af mindre formaliserede retskilder kan i øvrigt mindske muligheden for en effektiv sanktionering. Således forudsætter de strafferetlige sanktioner såsom bøde og fængselsstraf, at de almindelige strafferetsprincipper overholdes. Dette omfatter et krav om klar hjemmel i lov eller ligestillet retsakt, jf. straffeloven § 1, hvilket begrænser muligheden for analogislutninger og udvidende fortolkninger.<sup>53</sup>

### 3.4. Forpligtende virkning

At retskilderne er forpligtende betyder, at de retsanvendende myndigheder er forpligtet til at anvende dem, og at retskildernes pligtsubjekt er forpligtet til at følge dem.<sup>54</sup> Under visse omstændigheder kan ikke-forpligtende retskilder dog opnå en indirekte bindende virkning, ofte benævnt softlaw.<sup>55</sup>

Til denne kategori af retskilder hører eksempelvis Anbefalinger for god selskabsledelse, eftersom deres tilblivelse har en autoritativ karakter, deres

<sup>48</sup> *Peter Blume*, *Rettens veje og vildveje: Et bidrag til retsteorien*, 1. udg. (2007) s. 379.

<sup>49</sup> *Peter Blume*, *Juridisk metodelære*, s. 85.

<sup>50</sup> *Peter Blume*, *Juridisk metodelære*, s. 66.

<sup>51</sup> *Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø*, *Retskilder og retsteorier*, s. 47.

<sup>52</sup> *Chris Skinner*, *The Future of Investing – In Europe's Markets after MiFID*, s. 87.

<sup>53</sup> *Jesper Lau Hansen*, *Værdipapirhandelsloven med kommentarer*, 7. udg. (2011) s. 656.

<sup>54</sup> *Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø*, *Retskilder og retsteorier*, s. 60.

<sup>55</sup> *Peter Blume*, *Juridisk metodelære*, s. 72.

form har regelkarakter, og deres indhold på adskillige punkter er tæt forbundet med regler, som er formuleret i selskabsloven.<sup>56</sup> Hertil kommer, at Comply or explain-princippet, jf. årsregnskabsloven § 107 b, stk. 3, er fastsat på lovniveau, og det er således modsat anbefalingerne formelt set retligt bindende.

Retsanvendelsen forekommer i to hovedformer, nemlig tvistløsning ved subsumption af konkrete fakta under retsregler og selvregulering på forskellige niveauer inden for gældende juridiske rammer. Ud fra en tvistløsnings-synsvinkel er hovedproblemet at præcisere grænsen mellem det lovlige og ulovlige, mens selvregulering tager sigte på at finde løsninger, der med stor sikkerhed er lovlige.<sup>57</sup>

Når en retskilde, der formelt set har karakter af selvregulering, tillægges indirekte bindende virkning, sker der en sammenblanding af disse to funktioner.

Denne udvikling giver anledning til en række juridiske problemstillinger, idet rettens overordnede formål, og dermed de krav man stiller til reguleringen, er væsentlig forskellig. Dette gælder f.eks. spørgsmålet, hvilken sammenhæng retskilden har med den øvrige (bindende) regulering.<sup>58</sup> For så vidt angår anbefalingerne er det anført i teorien, at de må forventes at få indflydelse på bl.a. culpa-vurderingen i erstatningssager.<sup>59</sup>

### 3.5. Legalitet

Ved legalitet forstås formel gyldighed, dvs. om en regel er vedtaget efter en bestemt regulær proces. Inden for offentlig ret stilles der krav om hjemmel, jf. legalitetsprincippet, hvorimod privatretten er kendetegnet ved aftalefrihed, jf. aftaleloven § 1, 2. pkt.<sup>60</sup>

Regler for udstedere af aktier er fastsat delvist med hjemmel i lov, jf. værdipapirhandelsloven § 21, delvist på privatretligt grundlag i medfør af kontrakt-/foreningsretlige betragtninger.<sup>61</sup> Således er betingelserne for aktiers optagelse til handel fastsat med hjemmel i lov, hvorimod reglerne om oplysningsforpligtelser og de børsretlige sanktioner mv. er fastsat på privatretligt grundlag.

Efter Den Finansielle Handlingsplan og ikke mindst den finansielle krise har man haft et betydeligt fokus på behovet for en effektiv og ensartet hånd-

<sup>56</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 197.

<sup>57</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 61.

<sup>58</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 62.

<sup>59</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, 3. udg. (2007) s. 198.

<sup>60</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 31.

<sup>61</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 59.

hævelse af reglerne.<sup>62</sup> Det er imidlertid ikke givet, at en privatretlig sanktion tilgodeser netop disse formål.

Efter ændringen af værdipapirhandelsloven ved lov nr. 108 af 7. februar 2007 kan NASDAQ OMX Copenhagen således ikke udøve strafferetlig sanktionsmyndighed, men må derimod nøjes med at give en påtale eller pålægge en afgift ved overtrædelse af regelsættet, jf. udstederreglerne afsnit 5. Ændringen får som yderligere konsekvens, at der alene kan opstilles krav til det udstedende selskab, og man kan derfor ikke pålægge andre såsom selskabets ledelse eller aktionærer en sanktion direkte.

Hertil kommer, at der ikke er samme mulighed for at harmonisere reglerne, og dermed at sikre en ensartet håndhævelse, på tværs af markedspladser i EU. Harmoniseringen af reglerne vil i stedet bero på markedspladsernes egne initiativer; f.eks. ses samarbejdet mellem NASDAQ OMX-børserne i Stockholm, Helsingfors, København og Island, som nu har ført til, at disse børseres egne regler er stort set ens.<sup>63</sup>

### 3.6. Retskildepolycentri

Ved retskildepolycentri forstås, at den samlede, i nærværende sammenhæng børss- og kapitalmarkedsretlige regulering, er baseret på en række forskelligartede retskilder tilvejebragt af flere regelfastsættende og retsanvendende myndigheder samt organer. Reguleringen indgår desuden i et samspil med det øvrige retssystem, herunder selskabsretten.<sup>64</sup>

De børss- og selskabsretlige regler overlapper hinanden med hensyn til struktur og formål, ligesom børsretten kan indeholde regler, der er mere vidtgående end de almindelige selskabsretlige regler. Omvendt er reguleringskompetencen og proceduren væsentlig forskellig; hvor det på det børsretlige område tilrettelagt med henblik på at sikre fleksibilitet og mulighed for hurtig og let ændring af reglerne,<sup>65</sup> så er selskabsretten traditionelt kendetegnet ved at være lovbunden.<sup>66</sup>

Samspillet mellem børss- og selskabsretten giver anledning til en række principielle overvejelser, f.eks. hvilket regelsæt der bør have forrang i tilfælde af en regelkonflikt, om en bestemt problemstilling bør reguleres i sel-

<sup>62</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 245.

<sup>63</sup> Forord til regler for udstedere af aktier, s. 4.

<sup>64</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 41.

<sup>65</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 226.

<sup>66</sup> Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber: Aktie- og Anpartsselskabsret*, 3. udgave (2009) s. 66.

skabs- eller børsretten, og hvilken betydning en selskabsretlig regel bør have for selskabets børsretlige forpligtelser.<sup>67</sup>

I nærværende sammenhæng ønskes det belyst, hvilken betydning de forskellige reguleringstraditioner har for disse problemstillinger. I den forbindelse må det antages, at en decentralisering af de børsretlige regler til lavere hierarkisk niveau har indflydelse på retsvalget i tilfælde af en regelkonflikt, ligesom den materielle betydning af en selskabsretlig regel også afhænger af måden, hvorpå den er inkorporeret i det børsretlige regelsæt.

#### 4. Tese

Ovenstående betragtninger kan sammenfattes i følgende tese, der i projektet søges verificeret eller falsificeret:

»Overgangen fra »hård« børsret til samregulering medfører en delvis opgivelse af principperne for prioriteringen af retskilderne, hvilket fører til et mere fleksibelt, men også uforudsigeligt retskildehierarki. Retsudviklingen er derfor ikke nødvendigvis hensigtsmæssig set i lyset af de overordnede hensyn bag reguleringen af kapitalmarkedet, herunder en gennemsigtig og harmoniseret retstilstand, en effektiv retshåndhævelse, samt en tilstrækkelig sanktionering og retssikkerhed.«

### 5. Metodiske overvejelser

#### 5.1. Rettskildeteorier og metode

Til løsning af projektets problemstillinger skønnes retsvidenskaben relevant, herunder retsdogmatikken og -politikken. Endvidere vil der i begrænset omfang blive inddraget komparative aspekter.<sup>68</sup>

I projektets første og anden del anvendes retsdogmatikken, hvis opgave er at beskrive, analysere og fortolke samt systematisere retten. Dette sker med henblik på at fastlægge gældende ret.<sup>69</sup>

Der arbejdes retsdogmatisk i den forstand, at retskilderne analyseres sagligt og objektivt, mens de retspolitiske betragtninger behandles særskilt i tredje del. Retten systematiseres i bløde og hårde retskildetyper for derved at tydeliggøre forskelle og ligheder i retsstoffet. Hertil kommer, at retskilderne underkastes analyse og fortolkning med henblik på at afklare deres indhold og udstrækning.

Det overordnede sigte med projektet er at afgøre, om retsudviklingen overordnet set er hensigtsmæssig sammenholdt med de retspolitiske hensyn bag reguleringen. Et centralt

<sup>67</sup> *Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen*, Den nye selskabslov, 1. udgave (2009) s. 319ff.

<sup>68</sup> *Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, s. 206.

<sup>69</sup> *Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller*, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, s. 212.



spørgsmål er derfor, hvorledes retstilstanden er på bør- og kapitalmarkedsrettens område, samt hvilke problemstillinger giver den anledning til. På den baggrund er der en overensstemmelse mellem det, der ønskes undersøgt, og formålet med den retsdogmatiske metode.

I tredje del benyttes retspolitikken, der angiver forslag til lovgiver, om en lov eller regel bør ændres, benævnt de lege feranda.<sup>70</sup>

Formålet er på objektiv vis at foreslå regler, der virker mest effektivt i samfundet, i forhold til de af politikerne opstillede formål og værdier. I nærværende sammenhæng tages der udgangspunkt i projektets øvrige betragtninger og konklusioner for derved at sikre, at vurderingen sker på objektivt og sagligt grundlag. Retsdogmatikken virker herved som forudsætning for retspolitikken i overensstemmelse med den juridiske videnskabsteori.<sup>71</sup>

Komparation vil løbende blive inddraget, dels for, hvor det er relevant, at fastlægge gældende ret, dels som inspirationskilde for de retlige analyser og retspolitiske overvejelser. F.eks. kan national ret fra andre medlemsstater tænkes inddraget i fortolkningen af EU-retten, eftersom alle sprog er autoritative.<sup>72</sup> I det omfang, der foreligger ens regler for selskaber, som er noteret på de nordiske børser inden for NASDAQ OMX, vil afgørelser og fortolkninger af disse regler fra andre nordiske NASDAQ OMX børser ligeledes have relevans.<sup>73</sup>

Andre metoder kan ligeledes tænkes inddraget i behandlingen af projektets tema. Dette gælder særligt retsøkonomien,<sup>74</sup> eftersom bør- og kapitalmarkedsretten også har en markedsorienteret indfaldsvinkel, hvor der er en nær sammenhæng mellem de retspolitiske hensyn og et krav om økonomisk effektivitet.<sup>75</sup> Det betyder, at den generelle kritik, der er rejst mod anvendelsen af økonomisk teori i juridisk metode, må anses for mindre berettiget inden for det nævnte retsområde.

Kritikere hævder, at den økonomiske teori alene fokuserer på økonomisk effektivitet uden hensyntagen til retfærdighed og lighed. Det er imidlertid gjort gældende i teorien, at der ikke generelt er en modsætning mellem disse begreber. Det betyder dog ikke, at reguleringen altid søger at fremme økonomisk effektivitet.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 29.

<sup>71</sup> Jørgen Dalberg-Larsen, *Lovene og livet – En retssociologisk grundbog*, 5. udg. (2005) s. 24.

<sup>72</sup> Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller, *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, s. 340.

<sup>73</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 63.

<sup>74</sup> Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, s. 435.

<sup>75</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, *Børsretten I*, s. 17.

<sup>76</sup> Jan Schans Christensen, *Contested takeovers* (1991) s. 34ff.

Metoden har f.eks. været anvendt i behandlingen af ledelsesfjendtlige overtagelser i afhandlingen »Contested Takeovers in Danish Law«. <sup>77</sup> I nærværende sammenhæng fører det imidlertid for vidt at supplere det retsdogmatiske udgangspunkt med en økonomisk analyse for derigennem at kvalificere den retspolitiske vurdering.

## 5.2. Retskilder

Til besvarelse af projektets problemstillinger benyttes retskilder inden for national og international ret samt EU-retten. Nedenfor er anført de foreløbige retskilder, og det udgør derfor ikke en udtømmende liste.

### 5.2.1. EU-retten

På direktivniveau behandles først og fremmest MiFID-direktivet, jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39 EF om markeder og finansielle instrumenter. Kommissionen har desuden på baggrund af en rapport fra CESR af 13. oktober 2010 indledt en proces med henblik på at ændre MiFID-direktivet. <sup>78</sup>

Endvidere inddrages Ændringsdirektivet, direktiv 2006/46/EF, der forpligter selskaber med værdipapirer optaget til handel til at offentliggøre en redegørelse for selskabsledelse som et selvstændigt afsnit i ledelsesberetningen, jf. artikel 1, nr. 7.

### 5.2.2. National ret

På lovniveau inddrages værdipapirhandelsloven, lovbekendtgørelse nr. 883 af 9. august 2011, som indeholder såvel den materielle regulering af udstedelse og handel med værdipapirer som de formelle regler om virksomhedsudøvelse og tilsyn med værdipapirmarkedets infrastruktur. <sup>79</sup> Reguleringen i årsregnskabsloven, lovbekendtgørelse nr. 323 af 11. april 2011, er relevant, idet regnskabsklasse D omfatter virksomheder, som har kapitalandele mv. optaget til handel på et reguleret marked i et EU/EØS-land, jf. årsregnskabsloven § 7, stk. 1, nr. 4. Endvidere skal selskabsloven, lovbekendtgørelse nr. 322 af 11. april 2011, fremhæves, eftersom de noterede selskaber er aktieselskaber, jf. forarbejderne til værdipapirhandelsloven, <sup>80</sup> og loven i øvrigt indeholder en række særregler for det noterede selskab. <sup>81</sup>

<sup>77</sup> Jan Schans Christensen, Contested takeovers.

<sup>78</sup> CESR Technical Advice to the European Commission in the context of the MiFID review and Responses to the European Commission Request for Additional Information af 13. oktober 2010.

<sup>79</sup> Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, Børsretten I, s. 63.

<sup>80</sup> Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber: Aktie- og anpartsselskabsret, s. 264.

<sup>81</sup> Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen, Den nye selskabslov, s. 319ff.

På bekendtgørelsesniveau anvendes primært bekendtgørelse nr. 761 af 20. juli 2009 om offentliggørelse af redegørelse for virksomhedsledelse og redegørelse for samfundsansvar på virksomhedens hjemmeside mv. samt bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af beføjelser til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S. Hertil kommer de dele af Regler for udstedere af aktier af 1. juli 2010, der er fastsat med hjemmel i værdipapirhandelsloven § 21, nemlig betingelserne for aktiers optagelse til handel, jf. afsnit 2.

Selvregulering omfatter det nationale kodeks for god selskabsledelse, Anbefalinger for god selskabsledelse af 16. august 2011, der er udarbejdet af Komitéen for god selskabsledelse. Regelsættet er implementeret i Udstederreglerne pkt. 4.3, og det omfatter derfor danske selskaber, som har aktier optaget til notering på NASDAQ OMX Copenhagen.

På privatretligt grundlag er dele af Regler for udstedere af aktier af 1. juli 2010 fastsat, herunder selskabets oplysningsforpligtelser, særregler for danske udstedere samt regler om overtrædelser, jf. afsnit 3-5. Reglerne kan siges at hvile på kontrakt- og foreningsretlige betragtninger, hvor handel på et reguleret marked foregår mellem medlemmer, jf. værdipapirhandelsloven § 20, og at værdipapirer som oftest optages til handel efter ansøgning fra den enkelte udsteder, jf. værdipapirhandelsloven § 21.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> *Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen, Børsretten I, s. 59.*

# Giver EU-retten tredjelandsforældre til mindreårige danske børn ret til ophold i Danmark?

af

*Peter Starup*

## 1. Problemstillingen

Det forekommer ofte, at en dansk statsborger gifter sig og får et barn med en tredjelandsborger. Den danske forælder og barnet, der automatisk erhverver dansk indfødsret ved fødslen, jf. indfødsretslovens § 1, stk. 1, 1. pkt., er selvsagt berettigede til at opholde sig i Danmark, men det er ikke altid tilfældet for tredjelandsforælderen pga. de stramme betingelser for ægtefællesammenføring i udlændingelovens § 9, stk. 1, nr. 1 (herefter »udl.«).

Det har indtil for nylig været sådan, at EU-retten ikke yder nogen beskyttelse til tredjelandsforælderen, idet familien hverken ansås for omfattet af frihedsrettighederne i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter »TEUF«) eller af direktiv 2004/38 (herefter »opholdsdirektivet«). Det var, indtil EU-domstolen (i det følgende »Domstolen«) den 8. marts 2011 afsagde dom i sag C-34/09, *Zambrano*, helt oplagt, at en sådan familie – medmindre den havde udøvet fri bevægelighed – var et rent »internt tilfælde« og dermed kun omfattet af national ret, jf. nærmere herom nedenfor under 2.

*Zambrano* bryder med tidligere praksis ved at fastslå, at TEUF art. 20 under nærmere betingelser giver en tredjelandsforælder til et mindreårigt barn med unionsborgerskab ret til ophold i det land, hvor barnet er statsborger, selvom familien ikke forudgående har udøvet fri bevægelighed i henhold til EU-retten, jf. nærmere herom nedenfor under 3.

I det følgende undersøges det, i hvilket omfang *Zambrano* og TEUF art. 20 må antages at give en tredjelandsforælder til et dansk barn ret til ophold i Danmark. I *Zambrano* var der tale om, at to mindreårige børn, som havde to tredjelandsforældre, erhvervede belgisk statsborgerskab efter jus soli-princippet (tildelingen af statsborgerskab følger af fødsel på et lands territorium). Dansk indfødsret erhverves kun rent undtagelsesvist på grundlag af

fødsel i Danmark.<sup>1</sup> Det vil derfor være af særlig interesse at undersøge, i hvilket omfang *Zambrano* og TEUF art. 20 må antages at have betydning i jus sanguinis-tilfælde, hvor det mindreårige danske barn har en dansk og en udenlandsk forælder.

## 2. Retspraksis før *Zambrano*

### 2.1. Indledende bemærkninger

Som baggrund for analysen af *Zambrano* er det nødvendigt først at omtale en række tidligere afgørelser. I afsnit 2.2. gennemgås retspraksis, som fastslår, at unionsborgere, som er involveret i grænseoverskridende aktivitet inden for EU, er berettiget til sammenføring med tredjelandsfamiliemedlemmer på grundlag af EU-reglerne, hvilket efter omstændighederne stiller dem bedre end efter familiesammenføringsreglerne i deres hjemland. I afsnit 2.3. gennemgås retspraksis, som fastslår, at forældre kan udlede en opholdsret på grundlag af deres børns ret til fortsat skolegang i værtslandet.

### 2.2. EU-familiesammenføring i unionsborgerens hjemland

I forenede sager 35 og 36/82, *Morson & Jhanjan*, havde to hollandske arbejdstagere efter hollandsk ret fået afslag på sammenføring med hver sin tredjelandsslægtning i opadstigende linje, som de forsørgede i de ældre slægtninges hjemland. Havde de hollandske statsborgere været vandrende arbejdstagere fra et andet EØF-land, ville de have haft ret til sammenføring med de ældre slægtninge efter EØF-retten.<sup>2</sup> Domstolen fastslog imidlertid, at fællesskabsretten ikke kan bringes i anvendelse i situationer, som ikke har nogen som helst tilknytning til de forhold, fællesskabsretten gælder for, og at dette utvivlsomt gælder for arbejdstagere, som på intet tidspunkt har gjort brug af retten til fri bevægelighed.<sup>3</sup> Resultatet indebar, at udenlandske unionsborgere blev bedre stillet end værtslandets egne statsborgere i familiesammenføringsretlig henseende, og dommen er derfor blandt dem, der har givet anledning til udtrykket »omvendt diskrimination«.

I sag 370/90, *Singh*, fastslog Domstolen, at en EØF-borger, der udrejser til et andet EØF-land for at udøve økonomisk aktivitet, og som derefter rejser tilbage til det EØF-land, hvori vedkommende er statsborger, med henblik på at udøve økonomisk aktivitet, i henhold til EØF-retten har ret til at lade sig ledsage af sin ægtefælle, der er statsborger i et tredjeland, på samme vilkår som dem, der er fastlagt i EØF-retten.<sup>4</sup> Dermed mindskede Domstolen medlemsstaternes mulighed for effektivt at føre en restriktiv familie-

<sup>1</sup> Se nærmere herom nedenfor under 5.1.

<sup>2</sup> Jf. art. 10 i forordning 1612/68. Denne bestemmelse blev ophævet med familiesammenføringsdirektivets art. 38 og videreført i lettere ændret form i dette direktivs art. 2 og 3.

<sup>3</sup> Forenede sager 35 og 36/82, *Morson & Jhanjan*, præmis 16 og 17

<sup>4</sup> Sag 370/90, *Singh*, præmis 21.

sammenføringspolitik i forhold til deres egne statsborgere, idet det nu var blevet muligt at opnå familiesammenføring i en anden medlemsstat på grundlag af de lempelige EØF-retsakter, der i dag genfindes i opholdsdirektivet, for derefter at vende tilbage til oprindelseslandet med familien på baggrund af de selvsamme EØF-regler.

Dette sikrede på den ene side, at nationale familiesammenførselsregler ikke var til hinder for udøvelse af fri bevægelighed, men indebar samtidig, at EØF-borgere, som ikke var berettiget til familiesammenføring i deres eget land, fik en kraftig tilskyndelse til at udøve fri bevægelighed med henblik på efterfølgende at vende hjem til deres eget land medbringende sig deres familiemedlemmer fra tredjelande.<sup>5</sup> Domstolens efterfølgende unionsborgerskabspraksis gjorde det klart, at dette ikke blot gjaldt for erhvervsaktive unionsborgere, men også for de ikke-erhvervsaktive.<sup>6</sup>

I sag C-200/02, *Zhu & Chen*, fødte en kinesisk kvinde en datter i Nordirland. Datteren erhvervede efter irsk ret automatisk irsk statsborgerskab. Efterfølgende søgte moderen om fast ophold i Storbritannien i sin egenskab af slægtning i opstigende linje til en unionsborger. Der var på det tidspunkt vedtaget en række direktiver, som gav unionsborgere og deres ægtefæller ret til sammenføring med ældre slægtninge i opstigende linje i værtslandet, når den ældre slægtning forsørgedes af unionsborgeren. Hensigten hermed havde navnlig været at sikre, at unionsborgere ikke afholdt sig fra at udøve fri bevægelighed, fordi de ikke kunne fortsætte samlivet med ældre slægtninge – noget som navnlig for den sydeuropæiske familieform tidligere spillede en stor rolle.<sup>7</sup>

I den konkrete sag var situationen vendt på hovedet, idet det i sagens natur var moderen, der forsørgede datteren. Domstolen fastslog imidlertid, at moderen var berettiget til ophold i Storbritannien, hvilket den byggede på, at midlernes oprindelse var uden betydning, så længe familien samlet set var selvforsørgende.<sup>8</sup> Resultatet stemte ikke overens med en strikt ordlydsfortolkning, men i betragtning af, at formålet med det pågældende direktiv var at sikre fri bevægelighed for ikke-erhvervsaktive unionsborgere og deres

<sup>5</sup> Se nærmere herom Peter Starup, »Europæiseringen af dansk familiesammenførselsret«, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.), *Europæiseringen af dansk ret* (2008), s. 577 ff.

<sup>6</sup> Se nærmere herom Starup, *op.cit.*, s. 584 ff.

<sup>7</sup> De pågældende bestemmelser findes nu i opholdsdirektivets art. 2, nr. 2, litra c, og art. 3, stk. 2, litra a, hvorefter retten til sammenføring ifølge ordlyden kun gælder, hvis den ældre slægtning forsørges af unionsborgeren, eller hvis den ældre slægtning i det land, de ankommer fra, forsørges af eller hører til den unionsborgers husstand, der er hovedindehaveren af retten til ophold, eller hvor alvorlige helbredsmæssige grunde gør det absolut nødvendigt, at unionsborgeren personligt plejer familiemedlemmet.

<sup>8</sup> Sag C-200/02, *Zhu & Chen*, præmis 33.

nærmeste familie, uanset nationalitet, forekommer det vel ikke helt urimeligt. Domstolen baserede resultatet på TEUF art. 21, hvorefter enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i traktaterne og i gennemførelsesbestemmelserne hertil. I sag C-413/99, *Baumbast & R*, der også omtales nedenfor under 2.3., havde Domstolen fastslået, vedtagelsen af denne bestemmelse medfører, at betingelserne i opholdsdirektivet skal overholde proportionalitetsprincippet, hvilket ifølge Domstolen indebærer, at de nationale foranstaltninger, der træffes på dette område, skal være hensigtsmæssige og nødvendige med henblik på at nå det forfulgte mål.<sup>9</sup> EU-lovgiveren skal med andre ord stramme sig an ved udarbejdelse af opholdsdirektiver, hvis den ikke vil risikere, at uhensigtsmæssigheder bliver bortcensureret af Domstolen.

### **2.3. Forældres ret til ophold på baggrund af børnenes ret til fortsat skolegang i værtslandet**

Formålet med denne artikel er som nævnt at undersøge, i hvilket omfang en tredjelandsforælder i medfør af *Zambrano* og TEUF art. 20 er berettiget til ophold i Danmark pga. sit barns danske statsborgerskab. Det er derfor relevant at omtale retspraksis, der fastslår, at forældre kan aflede opholdsret fra sine børn. Et eksempel herpå er den netop optalte *Zhu & Chen*. I det følgende omtales en række afgørelser, som fastslår, at forældre under nærmere betingelser er berettigede til at opholde sig i et EU-land med henblik på at bistå sine børn i bestræbelserne på at færdiggøre en påbegyndt uddannelse.

Udviklingen i denne retspraksis begyndte i 1989, hvor Domstolen afsagde dom i forenede sager 389 og 390/87, *Echternach & Moritz*. *Moritz*-sagen drejede sig om en tysk arbejdstager, der sammen med sin familie havde boet i Holland i en årrække. Da familien på et tidspunkt besluttede sig for at flytte tilbage til Tyskland, kunne familiens søn, der havde boet i Holland siden han var 5 år og nu var blevet en ung mand, ikke fortsætte sine studier, fordi den tyske højere undervisningsanstalt, han ønskede at studere ved, ikke ville anerkende hans eksamen fra værtslandet. Han besluttede derfor at lade sig indskrive på den hollandske læreanstalt, han tidligere gik på, men blev nu nægtet studiestøtte fordi han ikke længere ansås for at have status som barn af en vandrende arbejdstager med bopæl i værtslandet. Det blev afvist af Domstolen med henvisning til, at børn af en hjemvendt vandrende arbejdstager bevarer en sådan status, når de i værtslandet fortsætter studier, som de ikke kan fortsætte i hjemstaten.<sup>10</sup> Vel et ganske rimeligt resultat, som kun de

<sup>9</sup> Sag C-413/99, *Baumbast & R*, præmis 90-91. Ret beset angik dommen ikke det nuværende opholdsdirektiv (2004/38), men et tidligere gældende restgruppe-direktiv (90/364). Princippet er imidlertid det samme.

<sup>10</sup> Forenede sager 389 og 390/87, *Echternach & Moritz*, præmis 23.

færreste kan være uenig i, selvom det ikke stemte med en almindelig ordlydsfortolkning af alle de involverede bestemmelser.

I sag C-413/99, *Baumbast & R*, fastslog Domstolen, at princippet ikke kun omfatter studerende på videregående uddannelser, som ikke kan videreføre deres studier i oprindelseslandet, men også folkeskolebørn, idet det afgørende for Domstolen er, at børn af en vandrende arbejdstager har mulighed for at afslutte deres studier »med held«. <sup>11</sup> Det er lettere at omplante et lille end et stort træ, hvorfor resultatet mildt sagt virker mindre oplagt end i Moritz-sagen. Domstolen mente imidlertid, at det ville kunne hindre den effektive udøvelse af arbejdskraftens frie bevægelighed, hvis ikke arbejdstagerens og dennes ægtefælles børn, uanset nationalitet, sikres en opholdsret i værtslandet med henblik på at kunne færdiggøre deres uddannelse. <sup>12</sup> Mindre børn kan ikke tage vare på sig selv, så det forekom oplagt, at Domstolen i forlængelse heraf måtte fastslå, at den af forældrene, der faktisk passer sådanne skolebørn, uanset den pågældendes nationalitet, har ret til at opholde sig sammen med dem i værtslandet, selv om forældrene i mellemtiden er blevet skilt, eller den forælder, der er unionsborger, ikke længere er vandrende arbejdstager i værtsmedlemsstaten. <sup>13</sup> Resultatet sikrer efter omstændighederne tredjelandsborgere, som bliver forladt af eller skilt fra en unionsborgerægtefælle, ret til fortsat ophold i værtslandet qua deres børns skolegang.

Selvom resultatet umiddelbart forekommer vidtgående, må det tages i betragtning, at dommen blev afsagt på et tidspunkt, hvor EU-lovgiveren endnu ikke havde vedtaget regler til sikring af tredjelandsfamiliemedlemmers opholdsret i tilfælde af skilsmisse eller unionsborgeres død m.v. I øvrigt var der tilsyneladende tale om familier, som aldrig havde ligget værtslandet til last, hvilket Domstolen heller ikke undlader at gøre opmærksom på. <sup>14</sup> Alt i alt et resultat, som forekommer ganske sympatisk og vel heller ikke juridisk uacceptabelt, hvis man accepterer, at Domstolen undertiden kan være nødt til at lappe huller i EU-lovgivningen.

Næste skridt for Domstolen var at file på forsørgelseskravet: Sag C-318/08, *Ibrahim*, drejede sig om en mor med somalisk statsborgerskab, som havde fire børn med dansk statsborgerskab, hvilket de havde erhvervet gennem moderens ægteskab med en dansk statsborger med somalisk baggrund. Faderen havde forladt familien, og moderen befandt sig ubemidlet i London sammen med børnene. Domstolen fastslog, i overensstemmelse med *Baumbast & R*, at børnenes ret til at færdiggøre deres studier, selvom de kun gik i folkeskolen, gav dem en selvstændig opholdsret, som i praksis kun kunne

<sup>11</sup> Sag C-413/99, *Baumbast & R*, præmis 51 og 53.

<sup>12</sup> Sag C-413/99, *Baumbast & R*, præmis 52.

<sup>13</sup> Sag C-413/99, *Baumbast & R*, præmis 75.

<sup>14</sup> Sag C-413/99, *Baumbast & R*, præmis 92.



realiseres ved også at tildele moderen en opholdsret, så hun kunne tage sig af børnene, og at det i den forbindelse ikke spillede nogen rolle, at familien havde behov for forsorgsydelser. Om end dette med nogen ret kunne støttes på det i mellemtiden vedtagne opholdsdirektiv, var den pågældende bestemmelse i opholdsdirektivet, art. 12, stk. 3, dog ikke blevet gennemført, hvis det ikke havde været for Domstolens kreative retspraksis.<sup>15</sup>

Det fremgår i øvrigt intetsteds i dommen, men det er nærliggende at antage, at moderen og børnene kun befandt sig i London, fordi moderen ikke var berettiget til ophold i Danmark efter udl. § 9. Det forekommer på mange måder sympatisk af Domstolen at række familien en hjælpende hånd, når Danmark ikke ville. Alternativet kunne meget vel have været, at fire børn med unionsborgerskab havde været henvist til en opvækst i Somalia, langt væk fra EU, og hvad er et unionsborgerskab så værd? Accepterer man den præmis, forekommer det besynderligt, at børnene ikke kunne bo i Danmark, hvor de trods alt er statsborgere, men i stedet var henvist til at flytte til England. Det var før *Zambrano*. Med den i baghånden kunne de muligvis have sparet sig ulejligheden, jf. nærmere herom i de følgende afsnit.<sup>16</sup>

### 3. Sag C-34/09, *Zambrano*

Sagen drejer sig om en colombiansk statsborger, som blev idømt en bøde for at have arbejdet uden fornøden tilladelse i Belgien, hvor han i en årrække havde opholdt sig med sin colombianske ægtefælle, begge på processuelt ophold som asylansøgere. Under opholdet fik ægteparret to børn, som efter jus soli-princippet erhvervede belgisk statsborgerskab. Efter endeligt afslag på asyl stod hele familien til udvisning, men faderen gjorde som et sidste forsøg gældende, at familiens børn qua deres unionsborgerskab har ret til at

<sup>15</sup> Om denne bestemmelses tilblivelse, se *Peter Starup & Matthew Elsmore*, »Taking a Logical or Giant Step Forward? Comment on Ibrahim and Teixeira«, *European Law Review*, vol. 35(4), 2010, s. 574 ff.

<sup>16</sup> Der er unægtelig lang vej fra *Echternach & Moritz* til *Ibrahim*. Det er ikke i sig selv problematisk, at Domstolen lægger ud med at fastslå et nyt princip i en helt oplagt sag for efterfølgende at udvide princippet anvendelsesområde i mindre oplagte sager, men der må selvsagt være en grænse for opfindsomheden. Det eneste legitime synspunkt, der kan bære principperne, som er blevet udledt i de omtalte afgørelser, nemlig at det vil kunne afholde vandrende unionsborgere fra at udøve fri bevægelighed, hvis deres og deres ægtefællers børn ikke er sikret en opholdsret i værtslandet med henblik på at kunne færdiggøre deres uddannelse, må have en modvægt i form af værtslandenes legitime interesse i ikke at blive udsat for urimelige byrder i forhold til den modydelse, som vandrende unionsborgere og deres familier leverer. Derfor indeholder opholdsdirektivet bestemmelser om bl.a. ret til tidsbegrænset ophold efter 5 års lovligt ophold og om familiemedlemmers bevarelse af opholdsretten i visse særlige tilfælde (se navnlig opholdsdirektivets art. 12-13 samt 16-18). Det er i den forbindelse tankevækkende, at hr. Ibrahim kun havde arbejdet i ca. 7 måneder i Storbritannien, inden han forlod familien.

opholde sig i Belgien, hvor de er statsborgere, og at han selv, som familiens forsørger har krav på ophold, er fritaget for arbejdstilladelse og dermed uberegtiget var blevet idømt bøden. Domstolen gav ham medhold med henvisning til, at TEUF art. 20 er til hinder for nationale regler, som

»[h]ar den virkning, at unionsborgere reelt fratages den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som de er tildelt ved deres status som unionsborgere [ ], og at nægtelsen af ophold til en tredjelandsstatsborger i den medlemsstat, hvor hans små børn, som han forsørger, bor og er statsborgere, og også afvisningen af at tildele en sådan person arbejdstilladelse, har en sådan virkning.«<sup>17</sup>

Hr. Zambrano slap dermed for at betale bøden.

Domstolen gik utvivlsomt et skridt videre i forhold til tidligere praksis. De faktiske forhold mindede en del om de faktiske forhold i *Zhu & Chen*, men i modsætning til denne dom forelå der ikke et grænseoverskridende element. Dette afspejler sig i, at resultatet baseres på TEUF art. 20, dvs. *unionsborgerskabet som sådant*, der i modsætning til TEUF art. 21 ikke kræver udøvelse af fri bevægelighed.<sup>18</sup>

Spørgsmålet var herefter, om dommen indebar en helt generel afstandtagen fra doktrinen om rent interne forhold. Dette ville i givet fald indebære en grundlæggende omkalfatring af EU-landenes familiesammenføringsret, idet EU-landenes statsborgere i så fald ville kunne påberåbe sig opholdsdirektivet frem for de nationale familiesammenføringsregler uden først at udøve fri bevægelighed.

Pga. de stramme familiesammenføringsregler er der navnlig fra en dansk synsvinkel himmelvid forskel på familiesammenføring efter opholdsdirektivet og efter udl. § 9. Hvis »stationære« danske statsborgere skulle vise sig at være omfattet af opholdsdirektivet, ville næsten samtlige betingelser i udl. § 9 være sat ud af kraft for så vidt angår tilfælde, hvor den herboende er dansk

<sup>17</sup> Sag C-34/09, *Zambrano*, præmis 42-43.

<sup>18</sup> I lyset af tidligere retspraksis er det bemærkelsesværdigt, at Domstolen i *Zambrano* ikke længere forsøger at legitimere resultatet med henvisning til EMRK art. 8. Det nok mest markante – og besynderlige – eksempel herpå findes i sag 60/00, *Carpenter*, hvor Domstolen fastslog, at en unionsborger, som leverer tjenesteydelser til de øvrige EU-lande, efter omstændighederne er berettiget til ægtefællesammenføring med en tredjelandsborger efter EU-reglerne, selvom unionsborgeren ikke først har boet med ægtefællen i et andet EU-land. Om Domstolens henvisninger til EMRK art. 8 i afgørelser om EU-familiesammenføring, se *Claus Gulmann*, »Menneskerettighedsdomstolen og EF-domstolen«, i *Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen (red)*, *Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik*, s. 191 ff, og Nina Holst-Christensen, »Samspillet mellem Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis om ret til familiesammenføring efter EMRK artikel 8 og EF-Domstolens praksis«, i *Christoffersen & Rask Madsen, op.cit.*, s. 225 ff.

statsborger. Dette gælder bl.a. boligkravet,<sup>19</sup> tilknytningskravet,<sup>20</sup> sikkerhedsstillelseskravet,<sup>21</sup> 24-års-reglen,<sup>22</sup> frivillighedskravet,<sup>23</sup> den 10-årige spærreperiode for samlivskriminalitet,<sup>24</sup> samt betingelsen om, at den herboende i 3 år forud for afgørelsen om opholdstilladelse ikke har modtaget hjælp efter lov om aktiv socialpolitik eller integrationsloven,<sup>25</sup> og der ville ej heller kunne opkræves gebyrer for udstedelse af opholdstilladelser.<sup>26</sup> Ikke engang grundbetingelsen i udl. § 9, stk. 1, nr. 1, om samliv på fælles bopæl ville kunne opretholdes.<sup>27</sup> Tilbage er kun betingelserne om, at der skal være indgået et gyldigt ægteskab eller være etableret et fast samlivsforhold af længere varighed,<sup>28</sup> at det afgørende formål hermed ikke er at opnå opholdstilladelse,<sup>29</sup> og at den herboende påtager sig at forsørge ægtefællen.<sup>30</sup> Hvis det skulle vise sig, at »stationære« danske statsborgere var omfattet af opholdsdirektivet, ville det endvidere medføre betydelige udvidelser af retten til sammenføring med børn<sup>31</sup> og ældre slægtninge,<sup>32</sup> væsentlige indskrænkninger i reglerne om bortfald og inddragelse<sup>33</sup> samt en ganske markant tillempling af retten til tidsubegrænset ophold.<sup>34</sup>

Det kan derfor ikke undre, at *Zambrano* bragte sindene i kog. Hjalte Rasmussen beskyldte således i en dobbelt-kronik i Berlingske Domstolen for judiciel aktivisme og forudså, at dommen ville medføre ganske markante

<sup>19</sup> Udl. § 9, stk. 6.

<sup>20</sup> Udl. § 9, stk. 7.

<sup>21</sup> Udl. § 9, stk. 4.

<sup>22</sup> Den tidligere gældende 24-års-reglen i udl. § 9, stk. 1, nr. 1, er med lov nr. 601 af 14. juni 2011 blevet afløst af en regel, hvorefter ægtefællesammenføring er betinget af, at udlændingen opnår 60 point, hvis udlændingen og den herboende er over 24 år, eller 120 point, hvis udlændingen eller den herboende er under 24 år: Se udlændingelovens § 9, stk. 15.

<sup>23</sup> Udl. § 9, stk. 8.

<sup>24</sup> Udl. § 9, stk. 10.

<sup>25</sup> Udl. § 9, stk. 5.

<sup>26</sup> Udl. § 9 h, stk. 1, nr. 1.

<sup>27</sup> Sag 267/83, *Diatta*.

<sup>28</sup> Udl. § 9, stk. 1, nr. 1.

<sup>29</sup> Udl. § 9, stk. 1, nr. 1.

<sup>30</sup> Udl. § 9, stk. 3.

<sup>31</sup> I 2004 sænkedes aldersgrænsen for sammenføring med mindreårige børn fra 18 til 15 år, jf. § 1, stk. 1, i lov nr. 427 af 9. juni 2004. Efter opholdsdirektivet er aldersgrænsen 21 år, og hvis barnet forsørges, er der ingen aldersgrænse, jf. opholdsdirektivets art. 2, nr. 2, litra a. Integrationsbetingelsen i udl. § 9, stk. 13, vil heller ikke kunne opretholdes.

<sup>32</sup> I 2002 ophævedes adgangen til familiesammenføring med forældre, jf. § 1, stk. 3, i lov nr. 365 af 6. juni 2002. Opholdsdirektivet indeholder derimod adgang til sammenføring med ældre slægtninge, jf. direktivets art. 2, nr. 2, litra d.

<sup>33</sup> Sammenhold udl. kap. 3 med opholdsdirektivets art. 12-14 samt 16, stk. 4.

<sup>34</sup> Sammenhold udl. § 11 med opholdsdirektivets art. 16-18.

ændringer i de danske udlændingeregler, medmindre Danmark nægtede at rette sig efter den.<sup>35</sup>

Det var dog langt fra givet, at *Zambrano* måtte antages at indebære en generel afstandstagen fra doktrinen om rent interne forhold. Dommen kunne endog tænkes kun at have betydning for lande, der som Belgien har indfødsretsregler, som bygger på jus soli-princippet. I så fald ville *Zambrano* ingen betydning have for Danmark. I en replik til Hjalte Rasmussen manede Lars Bracht Andersen til besindelse, idet han – efter eget udsagn – ikke havde fantasi til forestille sig, at dommen ville få nævneværdig betydning og i øvrigt ikke kunne følge aktivisme-synspunktet.<sup>36</sup>

#### 4. Sag C-434/09, *McCarthy*

Da Domstolen den 5. maj 2011 afsagde dom i sag C-434/09, *McCarthy*, blev det klart, at doktrinen om rent interne forhold ikke var sat ud af kraft på familiesammenføringsområdet, og at *Zambrano* ikke ville få så voldsom betydning for dansk familiesammenføringsret, som det var blevet antydnet.

*McCarthy* drejer sig om en 50-årig britisk kvinde, som fik afslag på sammenføring med sin jamaicanske ægtefælle efter britisk ret pga. manglende selvforsørgelse. Hun havde altid boet i England og været britisk statsborger, men efter afslaget søgte hun om irsk statsborgerskab, hvilket blev imødekommet, da hendes moder i sin tid blev født i Irland. Som udenlandsk unionsborger gjorde hun nu gældende at være omfattet af opholdsdirektivets lempelige ægtefællesammenføringsregler. Generaladvokat Kokott, der fremsatte sit forslag til afgørelse før afsigelsen af *Zambrano*, mente ikke, at der var grundlag for ægtefællesammenføring efter opholdsdirektivet, først og fremmest fordi fru McCarthy aldrig havde udøvet grænseoverskridende aktivitet. Domstolen fulgte generaladvokaten i dette synspunkt.<sup>37</sup>

På baggrund af *Zambrano* var det interessante spørgsmål imidlertid ikke, om hun kunne påberåbe sig opholdsdirektivet over for sit eget land, men om hun var berettiget til ægtefællesammenføring efter TEUF art. 20. Domstolen indleder med at repetere, at denne bestemmelse er til hinder for nationale foranstaltninger, der har den virkning, at unionsborgere fratages den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som de er tillagt ved denne status.<sup>38</sup> Domstolen bemærker i forlængelse heraf, at i modsætning til det, der kendetegnede den sag, som gav anledning til *Zambrano*, har den mang-

<sup>35</sup> Hjalte Rasmussen, »EU-Domstolen dømmer ulovligt« og »Danmark bør vise juridisk ulydighed«, dobbelt-kronik i Berlingske, den 16. og 17. marts 2011.

<sup>36</sup> Lars Bracht Andersen, »Er EU-Domstolen virkelig en bøhmand?«, kronik i Berlingske, 23. marts 2011.

<sup>37</sup> Sag C-434/09, *McCarthy*, præmis 30-43.

<sup>38</sup> Sag C-434/09, *McCarthy*, præmis 47, der henviser til sag C-34/09, *Zambrano*, præmis 42.

lende adgang til ægtefællesammenføring ikke den virkning, at fru McCarthy nødsages til at forlade Unionens område.<sup>39</sup>

I *Zambrano* havde Domstolen ligeledes bygget resultatet på et synspunkt om, at en nægtelse af opholds- og arbejdstilladelse til faderen ville indebære, at unionsborgerbørnene ville blive nødsaget til at forlade Unionens område, hvorved de reelt ikke ville kunne udøve kerneindholdet i de rettigheder, de er tildelt ved deres status som unionsborgere.<sup>40</sup> Der er imidlertid noget helt galt med Domstolens synspunkt, idet børnene på ingen måde var tvunget til at forlade Unionens område. Det fremgår således af *Zhu & Chen*, at familien, under forudsætning om selvforsørgelse, var berettiget til at opholde sig i et hvilket som helst andet EU-land end Belgien. Familien ville muligvis ikke have ressourcer til at tage ophold i et andet EU-land, og konsekvensen af at nægte faderen (og de øvrige colombianske medlemmer af familien) ret til ophold i Belgien kunne meget vel være, at familien ville være nødsaget til at tage ophold uden for Unionen. Under alle omstændigheder adskiller *Zambrano* sig fra *McCarthy* ved, at unionsborgeren i sidstnævnte dom på trods af manglende adgang til ægtefællesammenføring ikke ville være nødsaget til at forlade sit eget land og heller ikke Unionens område.

## 5. Opholdsret i medfør af TEUF art. 20 til tredjelandsforældre til mindreårige danske børn

### 5.1. Indledende bemærkninger

Efter *McCarthy* er det oplagt, at *Zambrano* ikke medfører en omfattende omkalfatring af medlemsstaternes familiesammenføringsret. Fra en dansk familiesammenføringsmæssig synsvinkel består nu blot spørgsmålet, i hvilket omfang tredjelandsforældre til danske børn er berettiget til ophold i Danmark i medfør af TEUF art. 20.

Pga. Danmarks internationale forpligtelser kan der opstå den situation, at et dansk barn har to ikke-danske forældre. I henhold til art. 1, stk. 1, i FN's konvention af 30. august 1961 om begrænsning af statsløshed skal en kontraherende stat give statsborgerret til personer, der er født på dens territorium, og som eller ville blive statsløse.<sup>41</sup> Konventionens art. 1, stk. 2, litra a, muliggør, at meddelelse af statsborgerret først kan opnås, når barnet fylder 18 år. Danmark har benyttet sig af muligheden for at indføre denne begrænsning, og da barnet på tidspunktet for meddelelse af dansk indfødsret

<sup>39</sup> Sag C-434/09, *McCarthy*, præmis 50.

<sup>40</sup> Sag C-34/09, *Zambrano*, præmis 44.

<sup>41</sup> Se nærmere om konventionen *Eva Ersbøl, Dansk indfødsret i international og historisk belysning* (2008), s. 142ff, og Integrationsministeriets redegørelse til statsministeren om Integrationsministeriets behandling af ansøgninger om indfødsret fra statsløse personer født i Danmark af 7. marts 2011, s. 6 ff.

vil være myndigt, kan *Zambrano* og TEUF art. 20 næppe antages at spille nogen rolle i forhold til forældrenes opholdsret.

I henhold til art. 7, stk. 1, i FN's konvention af 20. november 1989 om barnets rettigheder (FN's Børnekonvention) skal børn fra fødslen have ret til et statsborgerskab.<sup>42</sup> Danmarks forpligtelse efter Børnekonventionen er indeholdt i § 17 i naturalisationscirkulæret,<sup>43</sup> hvorefter børn, der er født statsløse i Danmark, kan optages på et lovforslag om indfødsretsmeddelelse, hvis de har bopæl her i landet.

Det er oplagt, at *Zambrano* vil have langt større praktisk betydning, hvis det antages, at en tredjelandsforælder til et mindreårigt dansk barn kan erhverve opholdsret i Danmark i medfør af TEUF art. 20 i jus sanguinis-tilfælde (dvs. hvor barnet har en dansk forælder og en forælder fra et tredje-land), end hvis dette kun gælder i jus soli-tilfælde. Når en dansk statsborger får et barn med en udenlandsk statsborger, erhverver barnet automatisk dansk indfødsret, 1) hvis parret er gift, 2) hvis kvinden er dansk statsborger, og/eller 3) hvis barnet fødes i Danmark, jf. indfødsretslovens § 1. I modsætning til *Zambrano* vil der ikke være tale om en situation med to tredjelandsforældre og et eller flere danske børn, men om en dansk og en udenlandsk forælder med et eller flere danske børn.<sup>44</sup>

I en kommentar til *Zambrano* og *McCarthy* i *Common Market Law Review* anses TEUF art. 20 tilsyneladende kun af betydning i jus soli-tilfælde.<sup>45</sup> Dette kan imidlertid ikke nødvendigvis tages til indtægt for, at forfatterne ikke mener, at denne bestemmelse har betydning i jus sanguinis-tilfælde, men illustrerer, at dette tilfælde ikke spiller nogen synderlig rolle i en bredere europæisk sammenhæng. Pga. retsforbeholdet er Danmark ikke omfattet af familiesammenføringsdirektivet (direktiv 2003/86) og har derfor haft mulighed for at indføre massive stramninger på ægtefællesammenføringsområdet.<sup>46</sup> Dette har – bortset fra Storbritannien og Irland – medført, at de øvrige EU-lande har været afskåret fra at stramme ægtefællesammenfø-

<sup>42</sup> Se nærmere om konventionen *Ersbøl, op.cit.*, s. 154 ff. og redegørelsen nævnt i ovenstående note, s. 6 ff.

<sup>43</sup> Cirkulæreskrivelse om naturalisation nr. 61 af 22. september 2008.

<sup>44</sup> Hvis den udenlandske forælder er unionsborger, vil vedkommende have en *selvstændig* opholdsret, hvorfor spørgsmålet kun er relevant for tredjelandsforældre til danske børn.

<sup>45</sup> *Kay Hailbronner & Daniel Thym, CMLR*, vol. 48 (2011), s. 1264 ff.

<sup>46</sup> Hvis Danmark havde været bundet af familiesammenføringsdirektivet, ville retten til familiesammenføring for familiemedlemmer til *tredjelandsborgere* skulle udvides betydeligt. Selv om direktivet ikke omfatter medlemsstaternes egne statsborgeres, er det yderst nærliggende at antage, at *danske* statsborgeres ret til familiesammenføring i så fald ville blive udvidet i tilsvarende omfang pga. direktivets indirekte normerende effekt, jf. nærmere herom *Jens Vedsted-Hansen i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.)*, *Europæiseringen af dansk ret* (2008), s. 113 f.

ringsreglerne, hvorfor jus sanguinis-tilfældet langt fra har samme praktiske betydning i de øvrige EU-lande som i Danmark.

Den helt afgørende indvendig mod, at *Zambrano* skulle have betydning for Danmark i jus sanguinis-tilfælde, er, at det danske barn typisk har den danske forælder til at passe og forsørge sig, og at der derfor – i modsætning til et jus soli-tilfælde som i *Zambrano* – ikke er behov for at tildele opholdsret til en tredjelandsforælder, idet dette ikke ville være nødvendigt for, at barnet ikke nødsages til at forlade Unionens område.<sup>47</sup> Men hvad nu, hvis den danske forælder dør, udrejser fra Danmark, ikke gider have noget med barnet at gøre, ikke er i stand til at tage vare på barnet, bliver invalideret eller der indtræder andre begivenheder, som gør, at det danske barn føler sig nødsaget til eller bliver tvunget til at flytte til tredjelandsforælderen uden for Unionens område, hvorved barnet reelt fratages den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som det er tildelt ved dets status som unionsborger i henhold til *Zambrano*? Det er navnlig om sådanne særlige tilfælde, det følgende vil koncentrere sig.

## 5.2. Integrationsministeriets notat

Integrationsministeriet udsendte den 11. maj et notat om fortolkningen af *Zambrano*, hvori opremses en række betingelser, som efter ministeriets opfattelse skal være opfyldt for, at en tredjelandsforælder til et dansk barn opnår opholdsret i Danmark i medfør af TEUF art. 20.

Den første betingelse er, at det danske barn skal være mindreårigt. I *Zambrano* anvender Domstolen udtrykket »små børn«,<sup>48</sup> og det forekommer i udgangspunktet rimeligt at kræve, at barnet ikke er nået myndighedsalderen. Det fremgår dog af retspraksis, at forældre, der afleder opholdsret fra deres børn, efter omstændighederne kan have ret til ophold også efter, børnene når myndighedsalderen. I sag C-480/08, *Teixeira*, der ligesom *Baumbast & R* og *Ibrahim*, jf. ovenfor under 2.3., fastslår, at en forælder kan aflede opholdsret fra sit barns fortsatte ret til uddannelse, udtalte Domstolen følgende:

»Selv om et barn, som når myndighedsalderen, i princippet må formodes at være i stand til at forsørge sig selv, kan opholdsretten for den forælder, som har forældremyndigheden over et barn, som udøver sin ret til at studere i værtsmedlemsstaten, ikke desto mindre udstrækkes

<sup>47</sup> I øvrigt ville denne løsning være temmelig besynderlig, eftersom et mindreårigt dansk barn med to tredjelandsforældre vil være bedre stillet med hensyn til forældrenes opholdsret end et barn med en tredjelandsforælder og en dansk forælder. Dette vil kunne tilskynde den danske forælder til at blive løst fra sit danske statsborgerskab og tage ægtefællens nationalitet, hvis dette er muligt, hvorved ægtefællen pludselig bliver berettiget til opholdstilladelse.

<sup>48</sup> Sag C-34/09, *Zambrano*, præmis 43.

til at gælde ud over myndighedsalderen, når barnet fortsat har behov for denne forælders tilstedeværelse og omsorg for at kunne fortsætte og afslutte sin uddannelse.«<sup>49</sup>

Princippet må også antages at omfatte forældre, som afleder opholdsret efter TEUF art. 20 og *Zambrano*.<sup>50</sup>

Den anden betingelse, som ministeriet oplister, er, at forælderen er tredjelandsborger, hvilket er selvindlysende, idet unionsborgere har en selvstændig ret til fri bevægelighed og ophold i Danmark i medfør af TEUF og opholdsdirektivet.

Den tredje betingelse er, at tredjelandsforælderen opholder sig og forsørger det mindreårige danske barn i Danmark. Dette synes at udelukke tilfælde, hvor tredjelandsforælderen i udgangspunktet nægtes ægtefællesammenføring i Danmark efter udl. § 9, men hvor den danske forælder efterfølgende eksempelvis dør eller udrejser fra Unionens område. I sådanne tilfælde vil det ofte være påkrævet, at tredjelandsforælderen gives opholds- og arbejdstilladelse i Danmark, medmindre det danske barn skal nødsages til at forlade Unionens område. Ministeriets holdning finder dog en vis støtte i *Zambrano*, hvori det udtales, at »[n]ægtelsen af ophold til en tredjelandsstatsborger i den medlemsstat, hvor hans små børn, som han forsørger, bor og er statsborgere, og også afvisningen af at tildele en sådan person arbejdstilladelse«, er i strid med TEUF art. 20.<sup>51</sup> Det kan imidlertid næppe antages at spille en rolle, at tredjelandsforælderen ikke allerede befinder sig i Danmark og forsørger barnet, dels fordi citatet kun nævner, at barnet, men ikke nødvendigvis tredjelandsforælderen, skal bo i Danmark, dels fordi det afgørende må antages at være at sikre barnets muligheder for at forblive inden for Unionens område.

Men hvad nu, hvis det danske barn ikke bor i Danmark? Hvis en tredjelandsforælder til et dansk barn befinder sig sammen med barnet uden for Unionen, er barnet så en adgangsbillet til Danmark? Det følger af *Zhu & Chen*, at forælderen og barnet kan tage ophold i et hvilket som helst andet EU-land end Danmark, hvis de ellers er selvforsørgende, og af *Singh*, at de efterfølgende er berettiget til ophold i Danmark. Overflødig gør *Zambrano* et sådant krumspring? Hvis den danske forælder bor i Danmark og er i stand til at tage vare på barnet, vil dette som nævnt muligvis være en hindring for tredjelandsforælders ophold, men hvis det antages, at barnets eneste realistiske mulighed for at bo i Danmark består i at tildele denne forælder en opholdsret, opstår spørgsmålet, om *Zambrano* ikke blot beskytter mod, at et mindreårigt dansk barn nødsages til at forlade Danmark, men om den også beskytter mod, at et sådant barn berøves den måske eneste reelle mulighed

<sup>49</sup> Sag C-480/08, *Teixeira*, præmis 86.

<sup>50</sup> Tilsvarende *Hailbronner & Thym*, *op.cit.*, s. 1267.

<sup>51</sup> Sag C-34/09, *Zambrano*, præmis 43.



for at opholde sig i Danmark? Det bemærkes i den forbindelse, at Domstolen i *Zambrano* kun kommer ind på, at TEUF art. 20 beskytter mod, at mindre unionsborgerbørn nødsages til at forlade Unionens område,<sup>52</sup> men dette skyldes muligvis blot de konkrete omstændigheder i hovedsagen.

Den fjerde betingelse, som ministeriet oplister, er, at en nægtelse af ophold for tredjelandsforælderen skal have den virkning, at det mindreårige danske barn reelt fratages den effektive nydelse af kerneindholdet i unionsborgerskabet. I både *Zambrano* og *McCarthy* knytter Domstolen nydelsen af dette kerneindhold sammen med, om en unionsborger nødsages til at forlade Unionens område. De overvejelser, man må gøre sig i så henseende, er identiske med de netop anførte overvejelser, hvorfor denne betingelse er en gentagelse af problemet, som er uden selvstændig betydning.

Integrationsministeriet har en tradition for stærkt tendentiøs, ofte grænsende til det retsstridige, læsning af Domstolens afgørelser. Dette afspejler sig også i dette notat, hvor det anføres, at eftersom Domstolen i *Zambrano* ikke tog stilling til fru Zambranos opholdsret, må hendes opholdsret som hidtil skulle afgøres efter de almindelige belgiske regler – underforstået: Hun havde i modsætning til hr. Zambrano (og velsagtens også familiens to colombianske børn, som var født før de to belgiske børn) ikke ret til ophold i Belgien! Det er imidlertid en yderst tvivlsom konklusion, idet der ikke er noget som helst i præmisserne, som indikerer, at kun den ene forælder skulle have ret til at blive i Belgien. Domstolen omtaler ganske vist kun faderens ret til ophold, men det skyldes formentlig den forelæggende rets formulering af de præjudicielle spørgsmål, der tog udgangspunkt i at få afklaret, om han skulle betale den bøde, han var blevet idømt for at have arbejdet uden arbejdstilladelse, jf. ovenfor under 3. Desuden er det vanskeligt at forestille sig, at Domstolen har ment, at fru Zambrano og familiens to colombianske børn skulle rejse tilbage til Colombia, blot fordi fru Zambrano tilfældigvis ikke var i arbejde.

### 5.3. Videre overvejelser

Det kan ikke udelukkes, at en tredjelandsforælder til et mindreårigt dansk barn er berettiget til opholdstilladelse i Danmark i tilfælde, hvor den danske forælder ikke kan eller vil tage sig af barnet i Danmark. Denne antagelse støttes af Domstolens praksis vedr. børns selvstændige ret til at færdiggøre deres studier, jf. ovenfor under 2.3. Når det påtænkes, hvor villig Domstolen har været til at anvende denne ret som løftestang for indskrænkninger i medlemsstaternes suverænitet på udlændingeområdet, taler meget for, at Domstolen er villig til at gå langt på dette område.

Dette må først og fremmest antages at have praktisk betydning i tilfælde, hvor en herboende dansk statsborger har et dansk barn og bliver skilt fra en

<sup>52</sup> Sag C-34/09, *Zambrano*, præmis 44.

tredjelandsborger, som enten er blevet ægtefællesammenført efter udl. § 9, stk. 1, nr. 1, eller oprindelig fik opholdstilladelse efter udl. § 9 a (greencard-ordningen, positivlisten, beløbsordningen, koncernopholdstilladelse, arbejdsmarkedstilknytning eller væsentlige beskæftigelsesmæssige eller erhvervmæssige hensyn). Det vil muligvis stille sig hindrende i vejen, at barnet har en herboende, dansk forælder, som kan forsørge barnet. Pga. den almindelige adgang til socialhjælp vil den herboende forælder typisk altid være i stand til at forsørge barnet, og dermed synes der umiddelbart ikke at være grundlag for opholdstilladelse til tredjelandforældre bortset fra tilfælde, hvor den herboende forælder dør eller fraflytter Danmark. Måske vil der også være grundlag for opholdstilladelse, hvis tredjelandstatsborgeren overdrages forældremyndigheden i forbindelse med en skilsmisse. Dette aktualiserer muligheden for, at det danske barn nødsages til at forlade Unionens område sammen med tredjelandforælderen. Hvis det antages, at der er grundlag for ophold i disse tilfælde, er der risiko for misbrug af EU-retten, idet den danske forælder vil have en tilskyndelse til *pro forma* at udrejse, lade sig skille eller overdrage forældremyndigheden til tredjelandægtefællen for at sikre denne ophold.

Afslutningsvis må forsørgelsesaspektet overvejes. Det følger tilsyneladende af *Zambrano*, at en tredjelandforælder skal forsørge det danske barn, men er det afgørende, at vedkommende er eneforsørger, hvilken betydning har perioder med behov for offentlig forsørgelse og indebærer den omstændighed, at det ældste barn kommer i skole, at hele familien bliver immun mod inddragelse af opholdsretten på manglende evne til selvforsørgelse, jf. princippet fra *Ibrahim*? Disse spørgsmål må anses for uafklarede, om end Domstolen i lyset af retspraksis må antages at se lempeligt på manglende selvforsørgelse, navnlig når barnet er begyndt i skole.

## 6. Sag C-256/11, *Dereci m.fl.* (verserende)

Den 5. maj 2011, samme dag som *McCarthy* blev afsagt, jf. ovenfor under 4, besluttede *Verwaltungsgerichtshof* (den øverste forvaltningsdomstol i Østrig) at anmode Domstolen om i medfør af TEUF art. 267 at svare på en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af TEUF art. 20.<sup>53</sup> Baggrunden er en række sager, hvor tredjelandsfamiliemedlemmer til østrigske statsborgere har fået afslag på familiesammenføring i Østrig, men hvor *Zambrano* har skabt tvivl om disse afslags overensstemmelse med EU-retten. Det anføres, at *Zambrano* efterlader talrige uafklarede spørgsmål, som ikke er blevet afklaret med afsigelsen af *McCarthy*.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> EUT C 219/11.

<sup>54</sup> Sag Zlen. EU 2011/0004 bis 0008, s. 5. Afgørelsen findes på [www.vwgh.gv.at/Content.Node/rechtsprechung/vorabentscheidungsantraege/doks/2008220145.pdf](http://www.vwgh.gv.at/Content.Node/rechtsprechung/vorabentscheidungsantraege/doks/2008220145.pdf).

Det må formodes, at den østrigske ret afventede udfaldet af *McCarthy*, inden den kastede sig ud i en præjudiciel forelæggelse, men det lader til, at retten ikke havde tid til at læse dommen særlig grundigt. Der spørges således, hvorvidt TEUF art. 20 medfører ret til ægtefællesammenføring og sammenføring med myndige tredjelandsbørn, hvilket er persongrupper, der efter *McCarthy* ikke kan formodes at have ret til ophold i det land, hvor deres unionsborgerfamiliemedlem har statsborgerskab og ophold.

Det forekommer derimod mere relevant, at der spørges til, om TEUF art. 20 skal fortolkes således, at den forbyder en medlemsstat at nægte en tredjelandsstatsborger, hvis ægtefælle og mindreårige børn er unionsborgere, ophold i den medlemsstat, hvor ægtefællen og børnene bor og er statsborgere, endog såfremt disse unionsborgere for så vidt angår forsørgelse ikke er afhængige af tredjelandsstatsborgere (spørgsmål 1 a).

Dette spørgsmål vedrører netop den typesituation, som har været genstand for nærmere overvejelser i denne artikel (et mindreårigt dansk barn med dansk forælder og en tredjelandsforælder). Den østrigske ret har anmodet om, at forelæggelsen underkastes en fremskyndet procedure, jf. procesreglementets art. 104 a,<sup>55</sup> så der er håb om en snarlig afklaring.<sup>56</sup>

## 7. Konklusion

Det er vanskeligt at sige, i hvilket omfang *Zambrano* har betydning for dansk udlændingeret. På den ene side er der holdepunkter for den antagelse, at opholdsretten for en tredjelandsforælder til et dansk barn i henhold til TEUF art. 20, som fastslået i *Zambrano*, kun omfatter tilfælde, hvor tredjelandsforælderen opholder sig i Danmark og dér forsørger det danske barn, samtidig med at den danske forælder er helt ude af billedet. Det er grundlæggende den opfattelse, der lægges op til i Integrationsministeriets notat. I så fald vil dommen kun få begrænset praktisk betydning og skabe problemer i forhold til pro forma-arrangementer. Der er også enkelte holdepunkter for, at *Zambrano* kan fungere som et egentligt alternativ til ægtefællesammenføring efter udl. § 9. I så fald vil dommen få markant større praktisk betydning, end der lægges op til i ministeriets notat. Afsigelsen af sag C-256/11, *Dereci*, vil formentlig bidrage til at afklare dette spørgsmål.

## 8. Efterskrift

Efter færdiggørelsen af denne artikel har Integrationsministeriet offentliggjort fire afgørelser på baggrund af *Zambrano*.

I to sager, der begge vedrører en herboende dansk statsborger, som har et eller flere danske børn med en ægtefælle fra et tredjeland, gives der afslag

<sup>55</sup> EU-domstolens procesreglement, EUT C 177/1.

<sup>56</sup> Se også Integrationsministeriets notat til Europaudvalget om afgivelse af indlæg i EU-domstolens præjudicielle sag, C-256/11, *Dereci* m.fl. (J.nr.: 11/57674).

på opholdstilladelse til tredjelandsægtefællen. Afslaget begrundes med, at den danske ægtefælle kan opholde sig og arbejde i Danmark og udøve forældremyndigheden over samt varetage forsørgelsen af børnene.

I en sag, der vedrører en tredjelandsenke til en afdød dansk statsborger, bliver der givet opholdstilladelse til enken pga. parrets herboende mindreårige danske barn. I denne sag var der tale om en tredjelandsborger, som oprindelig var blevet ægtefællesammenført efter udl. § 9, stk. 1, nr. 1, men som havde fået inddraget sin opholdstilladelse – tilsyneladende pga. ægtefællens død.

I en lignende sag, hvor den danske ægtefælle også var død, men hvor tredjelandsforælderen og det mindreårige danske barn opholdt sig uden for Danmark, antages *Zambrano* tilsvarende at medføre en ret til ophold for enken. Dette synes at indebære, at *Zambrano* ikke blot beskytter mod, at et mindreårigt dansk barn er nødsaget til at forlade Danmark, men at den også sikrer et sådant barn og dets tredjelandsforælder en ret til at indrejse og opholde sig i Danmark, hvis den danske forælder dør, jf. bemærkningerne herom ovenfor under 5.2.

Der er ikke offentliggjort praksis om ministeriets holdning til, hvilken betydning *Zambrano* har i skilsmisssager.