Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)

Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2013

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2013

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)
Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2013

1. udgave, 1. oplag

© 2013 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: AKAPRINT, Tilst

Printed in Denmark 2013
ISBN 978-87-574-3102-5

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indhold

Forord 7

Fra børsetik til børsret – fra fy til ubetinget fængsel
Professor, lic.jur., Nis Jul Clausen LL.M. 9

Unionsborgernes lovgivningsinitiativ
Lektor, ph.d., Bugge Thorbjørn Daniel 29

Strafferetlig jurisdiktion i Norden
Professor, ph.d., Thomas Elholm 45

Pensionsret – nyt forsknings- og undervisningsområde på Syddansk Universitet
Lektor, ph.d., Lisbeth Faurdal 57

Save our souls – Considerations on the master's post-incident obligations
Lektor, dr.jur. (tysk titel), Birgit Feldtmann 73

Når retssikkerheden svigter – behandling af sager om socialt bedrageri
Adjunkt, ph.d., Rikke Gottrup 85

Ulovligt indgåede offentlige kontrakter – uden sanktioner
Adjunkt, ph.d., Carina Risvig Hamer 105

Udfordringer for (fremtidens) europæiske jurister og nutidens juridiske uddannelser i Europa
Professor mso, ph.d., Ole Hammerslev 119

Når kommuner går amok. En social-psykologisk diskussion af strukturelle betingelser bag vildledning og lovovertrædelser i den kommunale forvaltning
Lektor, ph.d., Emily Hartz 131

Regulatory channels and the energy sector: The New Chicago School as a methodological framework for considering danish heat planning laws
Ph.d.-stipendiat, Michael Herborn 151

Kontrakt med det offentlige – udløbere af lægekonflikten 2013
Lektor, jur.dr.(svensk titel), Tobias Inden,
Lektor, ph.d., Kent Kristensen og
Professor mso, ph.d., Karsten Naundrup Olesen 179

Indhold

Kunsten at tjene to herrer - om interessekonflikter i forhold til værdipapirhandlere og finansanalytikere
Lektor, ph.d., Camilla Hørby Jensen og
Professor mso, ph.d., Nina Dietz Legind 203

Beskatning af hobbyvirksomhed – i et skattemæssigt limbo
Lektor, ph.d., Inge Langhave Jeppesen og
Lektor, ph.d., Lars Kjærgaard Terkilsen 225

Lægdommere – boligrettens legitimitet?
Lektor, ph.d., Jakob Juul-Sandberg 251

Reform af PET – styrket demokratisk kontrol?
Lektor, ph.d., Pernille Boye Koch 277

The Supervisory Authority's Role in the Corporate Governance of Banks
Post doc, ph.d., Mette Winther Løfquist 287

Lokalitetsprincippet og kommunal forsyningsvirksomhed
Professor, ph.d., Bent Ole Gram Mortensen 309

Eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager
Adjunkt, ph.d., Annette Olesen 327

Erhvervsdrivende fonde – familie og ledelse
Professor, lic.jur., Hans Viggo Godsk Pedersen 345

Er 120-dages reglen en saga blot?
Ph.d.-stipendiat, Christian Højer Schjøler 357

Er der plads til stramning af udvisningsreglerne?
Lektor, ph.d., Peter Starup 385

Er fysisk persons momspligt ved lejlighedsvis levering af tjenesteydelser udvidet ved ny EU-afgørelse?
Lektor, ph.d., Jette Thygesen 409

Om loyalitet, forvaltningsretlige principper og det offentliges retssagsførelse
Ph.d.-stipendiat, Frederik Waage 419

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. 8 i rækken af Juridiske emner ved Syddansk Universitet.

Det er 10 år siden, Juridisk Institut ved Syddansk Universitet blev etableret. I de forløbne år har instituttet udviklet sig fra relativt få medarbejdere til et institut med over 50 medarbejdere. Forskningen dækker i dag ikke alene de traditionelle juridiske områder, men også andre nyere fagområder som eksempelvis de juridiske discipliner, der indgår i uddannelserne Master of Social Sciences in International Security and Law og Master of Cultural Sociology in Law, Power and Social Justice.

I denne udgave 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 udbygning af områder, der ikke er en del af juraen i snæver forstand, men som supplerer og befrugter juraen med en større forståelse af reguleringen og virkningen deraf.

Vi takker institutsekretær Inga Jakobsen og sekretær Vibeke Dueholm Mortensen, der på yderst kompetent vis og med stor tålmodighed har stået for opsætning og korrekturlæsning.

Juridisk Institut
Syddansk Universitet
November 2013

Nina Dietz Legind
Institutleder

Hans Viggo Godsk Pedersen
Redaktør

Fra børsetik til børsret
– fra fy til ubetinget fængsel

af

Nis Jul Clausen

1. Indledning

I et europæisk og dansk perspektiv er børsretten som juridisk disciplin relativt ny og blandt de retsdiscipliner, som i meget høj og i stigende grad er baseret på EU-retlig regulering.

Børsrettens materielle regulering har oprindeligt som sit udgangspunkt haft det noterede selskab med fokus på, hvilke særlige krav, herunder primært prospekt- og oplysningskrav, der bør stilles til denne type selskaber. Dette er en følge af, at de noterede selskaber henvender sig til offentligheden med henblik på at opnå kapital, og at selskabernes aktier herefter handles på et organiseret marked, Børsen.

I dag er reguleringen dog langt mere kompleks, idet man nu søger at regulere det samlede finans- og kapitalmarked. Fokus er ikke alene på det noterede selskab og markedspladsen. Alle aktører på markedet – de noterede selskaber, disses ejere, de forskellige former for markedspladser, handlerne og investorerne – og samspillet mellem disse, er underlagt regulering. Hertil kommer, at ønsket om mere generelt at sikre den samfundsmæssige interesse i finansiel stabilitet i stigende grad tillægges betydning ved udformningen af lovgivningen. Endelig er det nationale og europæiske tilsyn med reguleringens overholdelse blevet styrket betydeligt. Der er tale om en kombination af offentligretlig og privatretlig regulering. Denne brede reguleringsmæssige tilgang afspejler sig også i det forhold, at man i dag ofte i teorien anvender betegnelsen børs- og kapitalmarkedsret eller blot kapitalmarkedsret.[1]

Nærværende artikel vil beskæftige sig med nogle karakteristika ved udviklingen i den børsretlige regulering med særligt henblik på omfanget og arten af reguleringen samt den sanktionsanvendelse, som er knyttet hertil. Afsnit 2 indeholder en beskrivelse af forskellige epoker, som i et europæisk og dansk perspektiv karakteriserer udviklingen i reguleringen. Afsnit 3 vil

[1] Om børsretten som juridisk disciplin og de hertil knyttede reguleringsmæssige indfaldsvinkler, se eksempelvis *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten I – Regulering, markedsaktører og tilsyn 4. udgave (2011) s. 11-26 med yderligere henvisninger.

fokusere på sanktionsmulighederne og anvendelsen heraf i dansk børsret. Perspektivering findes i afsnit 4.[2]

2. Børsrettens udvikling i europæisk og dansk perspektiv

Børsretten som juridisk disciplin kan opdeles i en række epoker.

Mens securities law eller securities regulation siden begyndelsen af 1930'erne, med vedtagelsen af The Securities Act fra 1933 og The Securities Exchange Act fra 1934, har været et velkendt, vel beskrevet og vel udviklet retsområde i USA, var børsretten i et kontinentalt europæisk og dansk perspektiv stort set ikke eksisterende indtil slutningen af 1970'erne.[3] Karakteristisk er det således, at det selskabsretlige standardværk fra 1970 af Bernhard Gomard, Aktieselskabsret, 2. udgave ikke omtaler børsnoterede aktieselskaber.

2.1. Begyndelsen

Den første spæde start til en europæisk regulering af børsmarkedet kom med EF-Kommissionens Henstilling af 25. juli 1977 om europæiske regler vedrørende handel med værdipapirer.[4]

På dette tidspunkt fandtes den danske lovregulering i lov om Københavns Fondsbørs,[5] som omfattede mindre end 25 paragraffer, og som udover straffe- og ikrafttrædelsesbestemmelser alene regulerede den selvejende institution Københavns Fondsbørs' organisation og virksomhed samt beskikkelse som og rettigheder og pligter for fondsbørsvekselerer. Hertil kom enkelte bestemmelser om tilsyn. Overtrædelse af visse af lovens bestemmelser var belagt med bøde.

Kommissionens henstilling førte til, at Københavns Fondsbørs fastsatte det første sæt skriftlige børsetiske regler i 1979, som indeholdt 6 generelle principper og 18 uddybende bestemmelser. Om manglende overholdelse var det anført:

»Overtrædelse eller ikke-overholdelse af reglerne kan ikke medføre sanktioner i juridisk forstand. De midler, som står til fondsbørsbestyrelsens rådighed, er for det første gennem henstillinger at hindre påtænkte overtrædelser eller bringe allerede påbegyndte til ophør. For det andet kan fondsbørsbestyrelsen, hvor overtrædelse har fundet sted, påtale det skete, opfordre til at undgå gentagelser, og i mere graverende tilfælde offentligt udtale sin mis-

[2] Nærværende artikel er baseret på et foredrag holdt på Juridisk Instituts forskningsseminar 25. april 2013 på Syddansk Universitet.

[3] Om den danske regulering indtil midten af 1970'erne, se *Jesper Lau Hansen*, Fondsbørsen – Aspekter af en fondsbørsretlig forudsætning (1999) s. 4-78.

[4] Jf. EFT 1977 L 212/37.

[5] Jf. lov nr. 220 af 7. juni 1972.

billigelse af den udviste adfærd. I betragtning af den tilslutning, reglerne har fået blandt de hørte organisationer, må det formodes, at risikoen for sådanne foranstaltninger fra fondsbørsbestyrelsens side vil skabe den fornødne præventive effekt, således at bestemmelserne i det store og hele kan forventes at blive overholdt.«

2.2. Minimumsharmonisering

Herefter fulgte på europæisk plan en række *minimumsdirektiver*, som primært relaterede sig til udstederne, herunder betingelsesdirektivet (79/279/EØF), børsprospektdirektivet (80/390/EØF), halvårsrapportdirektivet (82/298/EØF) og storaktionærdirektivet (88/121/EØF). Andre direktiver, som også var minimumsdirektiver, havde dog et bredere markedsorienteret perspektiv. Dette gjaldt blandt andet insiderdirektivet (89/592/EØF), investeringsservicedirektivet (93/22/EØF) og finalitydirektivet (98/26/EF), som i 2002 blev fulgt op af collateraldirektivet (2002/47/EF).

Med investeringsservicedirektivet indførtes to nye og centrale principper på området, nemlig kravet om gensidig anerkendelse og hjemlandskontrol. Investeringsselskaber skulle kun have én tilladelse til at drive virksomhed (i hjemlandet), og med denne tilladelse havde de ret til at drive virksomhed inden for hele EU – det såkaldte *europæiske pas*. Kombineret med kapitalkravsdirektivet (92/6/EØF), som også var et minimumsdirektiv, skulle det sikres, at investeringsselskaber havde fri adgang til på lige vilkår at udøve virksomhed på de enkelte nationale markeder. Samtidig var det overladt til de enkelte medlemslande under hensyn til markeds- og konkurrencesituationen at fastsætte – strengere – nationale regler. Der blev således, med de begrænsninger, som fulgte af minimumsreguleringen i direktiverne, åbnet mulighed for reguleringsmæssig konkurrence mellem EU's medlemslande og markeder.

De første børsdirektiver blev i dansk ret implementeret via bekendtgørelser udstedt med hjemmel i lov om Københavns Fondsbørs. Det første med bødestraf sanktionerede forbud mod insiderhandel blev gennemført i 1987. Forbuddet havde som forbillede det norske forbud mod insiderhandel. Reglerne on insiderhandel blev udvidet og ændret i 1992 i forbindelse med implementeringen af EU's insiderdirektiv. Forbuddet mod insiderhandel blev suppleret med et forbud mod videregivelse af intern viden, og noterede selskaber og andre virksomheder med tilknytning til børsmarkedet skulle udarbejde interne regler til forebyggelse af insiderhandel. Samtidig blev straframmen fastsat til bøde eller fængsel i 1½ år, under skærpende omstændigheder op til fire år, hvilket var inspireret af strafframmen for bedrageri i straffelovens § 279.[6]

[6] Se nærmere betænkning nr. 1216/1992 om insiderhandel og *Nis Jul Clausen*: Børsret – Insiderhandel (1992). Strafframmen er nu op til 6 års fængsel, jf. straffelovens § 299 d.

Men ellers var den danske børsretlige regulering i perioden fra midt 80erne til midt 90erne præget af to større reformer.

Børsreform I med gennemførelse i 1987 havde som sit hovedformål at skaffe handelen med danske aktier og obligationer tilbage til Københavns Fondsbørs, idet det havde vist sig, at handelsformen og kapaciteten på Fondsbørsen ikke var tilstrækkelig til at håndtere den voksende handel med noterede værdipapirer.[7] Derimod var denne børsreform, i modsætning til de to efterfølgende børsreformer, ikke initieret af nye reguleringsmæssige initiativer fra EU.

Reformen medførte blandt andet, at den hidtidige mundtlige handel- og opråbsnotering på Fondsbørsen blev erstattet af elektroniske handels- og informationssystemer, og fondsbørsvekselerernes eneret til børshandel ophørte. Lovgivningsmæssigt blev der indsat nye bestemmelser i ny lov om Københavns Fondsbørs.[8] Udover regler om Fondsbørsen og forbud mod insiderhandel indeholdt loven blandt andet regler om børsmæglerselskaber, materielle regler om selskabernes børsnotering og oplysningsforpligtelse samt krav om indberetning af handler med noterede papirer. Desuden fik Fondsbørsen lovhjemmel til at udstede regler om selskabernes oplysningspligt og børsetiske regler. Loven havde 50 paragraffer. Reglerne om Værdipapircentralen og registrering af rettigheder over børsnoterede værdipapirer fandtes i lov om en Værdipapircentral fra 1980.[9]

Børsreform II i 1996 blev gennemført som følge at den stigende internationalisering og øgede konkurrence på det europæiske børsmarked.[10] Den London-baserede markedsplads SEAQ International havde i en årrække tiltrukket sig en meget betydelig del af handelen med kontinentaleuropæiske aktier og obligationer, for Danmarks vedkommende især med danske statsobligationer. Herudover var det nødvendigt med lovændringer som følge af implementering af investeringsservicedirektivet og kapitalkravsdirektivet.

Lovgivningsmæssigt var der tale om en ganske omfattende reform, hvor lovene om Københavns Fondsbørs og om en Værdipapircentral blev ophævet og erstattet af lov om værdipapirhandel mv.[11] og lov om fondsmæglerselskaber.[12] Værdipapirhandelsloven indeholdt 104 paragraffer og blev suppleret med en lang række bekendtgørelser. I dag er der med hjemmel i denne lov udstedt 36 bekendtgørelser og 10 vejledninger. Reformen medførte,

[7] Nærmere om baggrunden for og målsætningen med Børsreform I, se blandt andet Fondsbørsreform, Rapport fra Industriministeriets styregruppe vedr. børsreformen (1985).

[8] Jf. lov nr. 316 af 4. juni 1986.

[9] Jf. lovbekendtgørelse nr. 165 af 24. april 1983.

[10] Om Børsreform II og bagrunden herfor, se blandt andet Betænkning nr. 1290/1995 Børsreform II.

[11] Jf. lov nr. 1072 af 20. december 1995.

[12] Jf. lov nr. 1071 af 20. december 1995.

at Københavns Fondsbørs' og Værdipapircentralens eneret blev ophævet, og de blev omdannet til aktieselskaber. Desuden blev der blandt andet indført et generelt krav om god værdipapirhandelsskik og om god forretningsskik for værdipapirhandlere. I den mere snævre børsretlige regulering blev der indført lovregler om overtagelsestilbud ved majoritetsovertagelse og et forbud mod kursmanipulation.

2.3. Den finansielle Handlingsplan

En ganske betydelig og væsentlig ændring af den børs- og kapitalmarkedsretlige regulering indtrådte i 2000'erne.

I kølvandet på EU's ambitiøse reformplaner for det indre marked for finansielle ydelser og tjenester, som de kom til udtryk i Den Finansielle Handlingsplan fra 1999,[13] blev der i perioden 2003 til 2007 vedtaget et betydeligt antal direktiver og forordninger på området. Dette skete under anvendelse af den såkaldte komitologi- eller Lamfalussy-procedure, der blandt andet indebærer en lovgivningsmæssig niveaudeling af den EU-retlige regulering.[14] På niveau *et* udstedes rammedirektiver og -forordninger, som indeholder hjemmel til, at Kommissionen kan fastsætte gennemførelsesforanstaltninger på niveau *to* med mere detaljerede regler, enten i form af direktiver eller forordninger. Hertil kom et niveau *tre*, hvor blandt andet CESR (Securities Regulators Committee bestående af repræsentanter fra højeste niveau i medlemsstaternes kompetente myndigheder) kunne udarbejde fælles standarder og retningslinjer samt vejledninger og anbefalinger i forhold til reguleringen. Niveau *fire* skulle sikre en mere effektiv og ensartet håndhævelse af reglerne.[15]

Den finansielle Handlingsplan medførte, at der på stort set alle centrale børsretlige områder blev vedtaget nye direktiver og forordninger, herunder et nyt direktiv om insiderhandel og kursmanipulation (markedsmisbrugsdirektivet, 2003/6/EF), et nyt prospektdirektiv (2003/71/EF) samt et direktiv om gennemsigtighedskrav til oplysninger om de noterede udstedere (2004/25/EF). Alle disse rammedirektiver blev af Kommissionen suppleret med gennemførelsesforanstaltninger i form af direktiver og forordninger. Desuden blev der efter en meget lang proces vedtaget et direktiv om overtagelsestilbud (2004/25/EF), som dog var et minimumsdirektiv og ikke omfat-

[13] Jf. KOM (1999) 232.

[14] Jf. Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets (15. februar 2001).

[15] Nærmere om Den finansielle Handlingsplan og Lamfalussy-proceduren, se eksempelvis *Nis Jul Clausen* s. 278 ff. i *Ulf Bernitz (ed.)*: Modern Company Law for a European Economy (2006) og specielt vedrørende Lamfalussy-proceduren *Mette Winther Løfquist* s. 167 ff. i *Lennarth Lynge Andersen*: Kapitalmarked og kunderelationer – hilsner til Lars Gorton (2007).

tet af Lamfalussy-proceduren. Endelig, og ganske centralt for den samlede regulering af det finansielle marked, blev direktivet om markeder for finansielle instrumenter, MiFID (2004/25/EF) vedtaget og suppleret med Kommissionens gennemførelsesdirektiver og -forordninger.

Kombinationen af anvendelse af forordninger, detaljerede direktivbestemmelser og fuldharmoniseringsdirektiver samt CESR's retningslinjer mv. medførte, at der i løbet af en kortere årrække skete en meget *betydelig harmonisering* af medlemsstaternes regler for de finansielle markeder og deres aktørers virksomhedsudøvelse.

I dansk ret blev der af flere omgange gennemført større ændringer i værdipapirhandelsloven, reelt en *børsreform III*. Efter 2007 bestod værdipapirhandelsloven af mere end 150 paragraffer.[16] Den største lovgivningsmæssige nyskabelse i denne periode var dog vedtagelsen af lov om finansiel virksomhed, som trådte i kraft 1. januar 2004. Med denne lov blev reguleringen af syv forskellige virksomhedstyper inden for det finansielle område, som hidtil havde været reguleret i hver sin lov, samlet i én lov.[17] Loven var oprindeligt på næsten 400 paragraffer, når der bortses fra diverse ændringer af andre love. Lov om finansiel virksomhed er siden ændret og udvidet på en række punkter og suppleres i dag af et meget betydeligt antal bekendtgørelser og vejledninger fra Finanstilsynet.

2.4. Efter den finansielle krise

Som i andre dele af verden har EU, som opfølgning på den finansielle krise, overvejet og vedtaget en lang række lovgivningsmæssige initiativer, som øger og skærper reguleringen af de finansielle markeder og aktørerne. Nogle af disse initiativer har haft til formål generelt at sikre finansiel stabilitet eller rette op på nogle af de problemer, som blev synlige under krisen. Andre har været rettet mere mod de forskelle typer af finansielle virksomheder, eller haft til formål at øge beskyttelsen af investorerne, eksempelvis ved at hidtil uregulerede aktiviteter og virksomhedsformer er blevet underlagt regulering. Målet er at skabe en europæisk *Single Rulebook* for Financial Markets.

Tendensen til øget *fuldharmonisering* genfindes også her, idet der i stadigt stigende omfang, også på det øverste reguleringsniveau, anvendes forordninger frem for direktiver. I forhold til det børsretlige område er der således eksempelvis vedtaget en forordning om short selling og visse aspekter af credit default swaps (EU Nr. 236/2012), en forordning om OTC-derivater, centrale modparter og transaktionsregistre, EMIR (EU Nr. 648/2012) og en forordning om integritet og gennemsigtighed på engrosenergimarkederne, REMIT (EU Nr. 1227/2011). Desuden er det således, at den nye regulering til erstatning af markedsmisbrugsdirektivet og MiFID,

[16] Jf. lovbekendtgørelse nr. 214 af 2. april 2008.

[17] Jf. lovbekendtgørelse nr. 453 af 10. juni 2003.

som forventes vedtaget inden for kort tid, i begge tilfælde vil bestå af såvel en forordning som et direktiv på reguleringsniveau ét.

Mest omfattende er dog skabelsen af en *ny tilsynsstruktur på europæisk plan*, hvilket er baseret på Larosiére-gruppens rapport[18] og forordning nr. 1095/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed).[19] Den nye tilsynsstruktur har medført oprettelsen af et europæisk råd for systemiske risici (European Systemic Risk Board – ESRB), der har ansvaret for makrotilsynet med EU's finansielle system som helhed. Hertil kommer oprettelse af et europæisk finanstilsynssystem (European System of Financial Supervision – ESFS). ESFS består af et netværk af de nationale tilsynsmyndigheder, som fortsat skal varetage det daglige tilsyn i de enkelte medlemsstater, samt 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 erstatter de tre tidligere niveau-3 tilsynsudvalg under Lamfalussy-processen – henholdsvis CEBS, CEIOPS og CESR. I modsætning til de hidtidige organer, som alene var rådgivende organer for Kommissionen, er de nye ESAer egentlige juridiske myndigheder, som er tillagt en række juridiske beføjelser, herunder retten til at udstede bindende retsforeskrifter.[20]

For dansk rets vedkommende er der efter den finansielle krise gennemført en række ændringer i værdipapirhandelsloven og lov om finansiel virksomhed, hvor der blandt andet har været fokus på kravene til ledelsen i de finansielle virksomheder. Herudover er der over flere gange vedtaget bestemmelser, som har til formål at styrke tilsynet med markedet og dets aktører. Finanstilsynet har fået udvidede beføjelser, ligesom nye sanktionsformer er kommet til.

Lovteknisk, herunder i forhold til den nugældende værdipapirhandelslov, synes det at være en udfordring, at centrale bestemmelser og krav i stigende grad fastsættes i forordninger, der jo ikke skal implementeres i national lovgivning. Vedtagelse og gennemførelse af de nye EU-regler om markedsmisbrug vil således betyde, at centrale bestemmelser i værdipapirhandelslovens kapitel 10, herunder de tre forbud mod markedsmisbrug, forsvinder fra loven, da de i fremtiden vil fremgå af forordningen om markedsmisbrug. Dette kan og bør give anledning til at overveje, hvorledes værdipapirhandelsloven skal udformes i fremtiden.

[18] Jf. KOM (2009) 252.

[19] Nærmere om samspillet mellem Lamfalussy og Larosiére, se *Camilla Hørby Jensen*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 3/2011 s. 211 ff.

[20] Om den nye tilsynsstruktur, se eksempelvis *Jesper Lau Hansen*, NTS 4/2011 s. 72 ff.

2.5. Hvordan kunne det dog gå så galt?

Dette spørgsmål er givetvis blevet stillet flere gange inden for de seneste tre årtier og af nogle blevet besvaret med et klart: Der er for galt!! Men der er faktisk en række forklaringer på den beskrevne udvikling i reguleringen af børsmarkedet og det finansielle marked generelt.

Udviklingen de seneste 5-6 år kan naturligvis i betydeligt omfang tilskrives de ganske omfattende konsekvenser, som *den finansielle krise* fik globalt og i de enkelte lande. Krisen har vist, at den hidtidige regulering, og måske i særlig grad effektiviteten af tilsynet med overholdelse heraf, ikke har været tilstrækkelig til at sikre det overordnede ønske om finansiel stabilitet og beskyttelse af investorerne på det finansielle marked. Politikerne og andre regeludstedende myndigheder og organisationer har fundet, at der måtte reageres med yderligere og skrappere regulering.

Men, som det er fremgået ovenfor, er der allerede før den finansielle krise sket en meget kraftig forøgelse af reguleringen og en del af de nye regler, som er kommet til efter 2007, var allerede planlagt. Det gælder eksempelvis de nye forordninger og direktiver til erstatning for markedsmisbrugsdirektivet fra 2003 og MiFID fra 2004. Den generelle tendens til øget regulering de seneste år kan således ikke alene tilskrives behovet for krisebaseret regulering, men må søges i andre forhold. Særligt to forhold skal fremhæves i denne forbindelse.

For det første er der næppe tvivl om, at det finansielle marked og relationen mellem de forskellige aktører og interessegrupper i langt højere grad end tidligere har *offentlighedens interesse*. Nyhedsmedierne – de trykte såvel som de elektroniske – omtaler dagligt sager, som vedrører det finansielle marked. Politikerne bliver konfronteret med enkeltsager, hvor det fremstår som om, bestemte investorer eller investorgrupper er blevet 'snydt' i forbindelse med investering i værdipapirer eller anden aktivitet på markedet. Dette har, i visse tilfælde, ført til konkrete nationale lovinitiativer, men har samtidig medført et generelt øget politisk fokus på reguleringen og tilsynet med det finansielle marked og dets aktører. Hertil kommer, at der på EU-niveau gennem en længere periode, ud fra ønsket om at sikre et velfungerende og internationalt konkurrencedygtigt indre finansielt marked, har været et klart ønske om at øge regelværket og harmoniseringen på dette område.

For det andet og mindst ligeså vigtigt er det dog, at *markedsforholdene* over de sidste årtier har ændret sig ganske markant. Før den danske børsreform I var den danske handel med børsnoterede værdipapirer således begrænset til en mindre kreds af fondsbørsvekselerer med eneret og fysisk handel på Københavns Fondsbørs. Kredsen af udstedere og investorer var begrænset og danske. I et sådant handelsmiljø kan uskrevne regler og kutymer og andre sanktioner end de retlige være tilstrækkeligt til at sikre redelighed i handelen. Gennem de senere årtier er det lukkede, nationale marked

forsvundet og erstattet af et åbent og globalt marked med elektronisk handel på tværs af grænser og med handel »around the clock«. Investorerne på de enkelte markeder er i stigende grad internationale investorer,[21] og der er nu tale om et mix af professionelle/institutionelle investorer og mindre investorer med forbrugerstatus, som i øvrigt alle har mulighed for at handle direkte på markedet. Hertil kommer, at de finansielle instrumenter, som udbydes til stort set alle investortyper, ikke længere primært er begrænset til de velkendte aktier og obligationer, men omfatter meget forskelligartede og komplicerede produkter. Såfremt man ønsker, at et sådant marked skal fungere på en redelig, effektiv og gennemskuelig måde med en passende beskyttelse af investorerne, er regulering samt overvågning og sanktionering af reglerne en nødvendighed. Dette gælder ikke alene nationalt, men også på tværs af grænserne.

3. Sanktionsanvendelsen i dansk ret

Som nævnt ovenfor under 2.1, vurderede den daværende Københavns Fondsbørs i forbindelse med vedtagelsen af det første sæt danske børsetiske regler i 1979, at der ikke ville være behov for at anvende de ikke-retligt bindende sanktioner, som Fondsbørsen havde mulighed for at bringe i anvendelse. På baggrund af den blandt markedsdeltagerne brede tilslutning til reglerne forventede man, at de ville blive overholdt. Siden da, hvor soft law i meget betydeligt omfang er erstattet af hard law, har sanktionsmulighederne og sanktionsanvendelsen ændret sig markant, således at lovgivningen i dag hjemler en bred vifte af sanktioner, som domstolene og Finanstilsynet kan og rent faktisk bringer i anvendelse i forbindelse med overtrædelse af børslovgivningen.

I det følgende vil de forskellige sanktionsmuligheder, som markedspladserne (her NASDAQ OMX, Copenhagen – Børsen), Finanstilsynet og domstolene kan bringe i anvendelse samt praksis i så henseende blive drøftet.

3.1. Børsretlige sanktioner – NASDAQ OMX, Copenhagen

Siden 1992 har Børsen offentliggjort sine afgørelser og anden praksis vedrørende den børsretlige regulering i *Afgørelser og Udtalelser*. Oprindeligt var der tale om anonymiserede offentliggørelser, men fra midten af 2008 er den involverede virksomheds navn som udgangspunkt angivet.

Børsens Afgørelser og Udtalelser har i meget høj grad medvirket til at fastlægge rækkevidden og fortolkningen af en række børsretlige bestemmelser, som primært knytter sig til Børsens egne regler, herunder ikke mindst Børsens krav med hensyn til de udstedende selskabers oplysningsforpligtelse. De senere år er antallet af sager – påtaler såvel som andre udtalelser – of-

[21] Det fremgår således af VP Securities statistik, at udenlandske investorers ejerandel på det danske marked er steget fra 26 pct. i 2006 til 47 pct. i 2012.

fentliggjort i Afgørelse og Udtalelser dog faldet betydeligt. Mange sager vedrører nu forhold af mere formel karakter, som eksempelvis manglende eller for sen offentliggørelse af bestemte typer af meddelelser, således af sagernes fortolkningsmæssige bidrag til forståelse af materielle regler er mere begrænset. Denne ændring kan formentlig i nogen grad tilskrives det forhold, at Børsen i dag betragter sig som en kommerciel virksomhed og markedsplads, hvor det myndighedselement, som ligger i overvågning og fortolkning af regler, er mindre centralt end tidligere. Tidligere blev Børsen, i hvert fald den selvejende institution Københavns Fondsbørs, som eksisterede indtil børsreform II, i nogen grad betragtet som en kvasi offentlig myndighed. Selvom overvågningen af markedet og tilsynet med reglernes overholdelse ligger hos Finanstilsynet, jf. eksempelvis værdipapirhandelslovens § 83 ff., må det dog fastholdes, at Børsen som et reguleret marked også i dag har pligt til at overvåge regeloverholdelsen, jf. lovens § 18, stk. 2, nr. 7, 9 og 11, samt pligt til at indberette eventuelle overtrædelser til Finanstilsynet, jf. § 11.

Udover påtaler kan Børsen også bringe andre børsretlige sanktioner i anvendelse, herunder pålægge udstederne og medlemmerne at betale en afgift ved overtrædelse af Børsens egne regler eller slette en udsteders værdipapirer fra notering og handel på markedet. Begge disse sanktioner er dog hidtil kun i begrænset omfang anvendt af Børsen.

Muligheden for at opkræve en *afgift* følger af de handels- og medlemsregler, som Børsen har fastsat i medfør af værdipapirhandelslovens § 19, og af reglerne for udstedere af værdipapirer optaget til handel på Børsen, som er fastsat på privatretligt grundlag. Af Regler for udstedere af aktier, pkt. 5 følger det eksempelvis, at en udsteder i forbindelse med overtrædelse af disse regler kan pålægges en afgift på op til tre gange den årlige noteringafgift, dog minimum 25.000 kr. og maksimum 1 mio. kr.

En udsteder blev således i Afgørelser og Udtalelser 1998 nr. 1.37 pålagt en afgift på 50.000 kr., hvilket blandt andet var begrundet i, at selskabet først efter gentagne rykkere havde svaret på Børsens henvendelser og ikke svaret korrekt over for Børsen.[22] I to sager fra 2010, jf. Afgørelser og Udtalelser 2010 IV nr. 1.2 og 1.3, blev to medlemmer af Børsen pålagt en afgift på 100.000 danske kr. hver for tilsidesættelse af handelsreglerne. Begge sager vedrørte handel med aktier i forbindelse med en emission i den nu krakkede Amagerbanken.

Selvom en operatør af et reguleret marked efter værdipapirhandelslovens § 25 har mulighed for at slette en udsteders værdipapirer fra notering og

[22] Se derimod Afgørelser og Udtalelser 2012 nr. 1.12, hvor selskabet trods total ignorering af Børsens henvendelse ikke blev pålagt et gebyr. Tilsvarende var tilfældet i Afgørelser og Udtalelser 2012 nr. 1.7, hvor Børsen fremhævede, at der var tale om grove og gentagne overtrædelser af Børsens regler.

handel på markedet, er det meget sjældent, at Børsen, uden at der foreligger en anmodning herom fra selskabet, beslutter at foretage *sletning*. Baggrunden for den meget begrænsede anvendelse af sletning som sanktion er, at sletning i disse tilfælde normalt sker, fordi selskabets ledelse i væsentligt omfang og gentagne gange har vist, at den mangler evne og vilje til at overholde reglerne for noterede selskaber. Realiteten i en sletning er, at det primært er (mindretals-)aktionærerne, som berøres af sletningen, idet de ved sletningen mister muligheden for handel med selskabets aktier på et marked.

De offentliggjorte sager om uanmodet sletning viser da også, at der skal endog meget til, før Børsen anvender denne sanktion. Sletning sker først, når det har vist sig, at det er helt udelukket at komme i dialog med selskabets ledelse, og forløbet i øvrigt viser, at ledelsen ikke er egnet til at lede et noteret selskab. I Afgørelser og Udtalelser 2008 nr. 2.2.13 blev sletning således blandt andet begrundet med manglende gennemsigtighed omkring selskabet, hvorfor det var umuligt at værdiansætte selskabet og dets aktier. Desuden var dele af selskabets ledelse og dets likvidator sigtet for overtrædelse af reglerne om selskabernes oplysningspligt og om markedsmisbrug. De to seneste sager om sletning som sanktion vedrørte First North selskaber. I den første, Afgørelser og Udtalelser 2009 III nr. 2.13, blev det fremhævet, at selskabet ikke havde medarbejdere ansat og ingen aktivitet i øvrigt, ligesom selskabet flere gange havde overtrådt oplysningsforpligtelsen over for markedet. I den anden, Afgørelser og Udtalelser 2012 II, nr. 2.1, hvor selskabet havde tabt mere end halvdelen af kapitalen, lagde Børsen vægt på, at selskabet ikke længere havde en Certified Adviser, hvorfor det ikke var i stand til at opfylde oplysningsforpligtelsen, ligesom selskabet i øvrigt ikke havde opfyldt sine forpligtelser over for First North, herunder ikke betalt forfaldne afgifter.

3.2. Administrative sanktioner – Finanstilsynet

Efter en ændring af værdipapirhandelslovens § 84 c har Finanstilsynet med virkning fra 1. juli 2008 som udgangspunkt været forpligtet til at *offentliggøre dets påtaler og politianmeldelser* i ikke-anonymiseret form. Disse sager har, som tilfældet har været med Børsens afgørelser og udtalelser, medvirket til en afklaring af praksis og fortolkning af reglerne på en række centrale børsretlige områder, herunder i forhold til prospektreglerne og ikke mindst med hensyn til fortolkningen af reglerne om overtagelsestilbud og dispensationsmulighederne i forbindelse hermed.

Finanstilsynets offentliggjorte påtaler har også i andre relationer haft betydning, se eksempelvis betydningen af Finanstilsynets påtaler over for Jyske Invest den 8. juli 2009 og over for Jyske Bank den 24. november 2009 i forhold til Pengeinstitutankenævnets praksis i de såkaldte Jyske Hedgesager. Påtalerne er i ankenævnspraksis blevet brugt som begrundelse for at

anvende omvendt bevisbyrde i sager, hvor investorer har krævet erstatning med henvisning til mangelfuld rådgivning.[23]

Med hensyn til offentliggjorte politianmeldelser skal det dog bemærkes, at en sådan offentliggørelse ikke nødvendigvis følges op af en meddelelse fra Finanstilsynets side, hvis anklagemyndigheden efterfølgende beslutter ikke at rejse tiltale. Dette gælder, uanset af hvilken grund anklagemyndigheden opgiver at rejse tiltale. Set fra det involverede selskabs side vil anklagemyndighedens afgørelse, uanset om der er tale om opgivelse af eller beslutning om tiltalerejsning eller bødeforelæg, dog normalt være en så væsentlig omstændighed, at det kræver offentliggørelse af en selskabsmeddelelse efter værdipapirhandelslovens § 27, stk. 1.

I de første år efter Finanstilsynets offentliggørelse af politianmeldelser var der, ud over sager om mulig overtrædelse af forbuddene mod insiderhandel og kursmanipulation, en del sager, som vedrørte overtrædelse af regler om storaktionærers oplysningspligt, jf. værdipapirhandelslovens § 29, og om værdipapirhandleres indberetningspligt vedrørende handler med værdipapirer, jf. lovens § 33.[24] Denne type sager afgøres nu i vidt omfang ved vedtagelse af et administrativt bødeforelæg.

Muligheden for at anvende *administrativt bødeforelæg* blev indført blandt andet i værdipapirhandelslovens § 93 a i 2010. Finanstilsynet har mulighed for at udstede administrative bødeforelæg ved overtrædelse af nærmere angivne bestemmelser i lov om finansiel virksomhed og i værdipapirhandelsloven. Der skal være tale om ensartede og ukomplicerede overtrædelser uden bevismæssige tvivlsspørgsmål, og hvor sanktionsniveauet ligger fast. En betingelse for, at sagen kan afsluttes med et administrativt bødeforelæg, er desuden, at den pågældende erkender sig skyldig i overtrædelsen og erklærer sig indforstået med, at sagen afgøres administrativt med betaling af bøden. Det er endelig en forudsætning, at overtrædelsen ikke kan forventes at medføre højere straf end bøde.[25]

Anvendelse af administrative bødeforelæg kan indebære væsentlige fordele, idet der er tale om hurtigere og smidigere sagsbehandling. En person eller virksomhed, der modtager et administrativt bødeforelæg, får hurtigere en indikation af sin retsstilling, samtidig med at anklagemyndigheden og domstolene – hvis den pågældende vælger at vedtage bødeforelægget – ikke

[23] Nærmere om Jyske Hedge-sagerne, se *Nikoline Voetmann, Camilla Hørby Jensen og Nis Jul Clausen*, finans/invest 2/2011 s. 13 ff., *Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 338 ff., *Nis Jul Clausen*, finans/invest 3/2010 s. 10 ff. samt *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 1/2011 s. 60 ff. og *samme*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2/2012 s. 148.

[24] Om sager med politianmeldelse ved overtrædelse af § 33, se *Nis Jul Clausen*, NTS 2011:1 s. 5 ff. og for overtrædelse af § 29, se *Nis Jul Clausen*, NTS 2011:1 s. 3 ff.

[25] Se nærmere bekendtgørelse nr. 186 af 8. marts 2011.

bliver belastet af en ellers ukompliceret sag. Heroverfor står dog, at sagen ikke bliver prøvet hos anklagemyndigheden og domstolene, ligesom nogle involverede kan lade sig friste af en hurtig afklaring, selvom de er i tvivl, om der foreligger en overtrædelse.

Bødeforelæg ved overtrædelse af værdipapirhandlernes indberetningspligt efter værdipapirhandelslovens § 33 er typisk på 20.000 kr.[26] I et enkelt tilfælde har bødeforelægget dog været på 50.000 kr., hvor det blandt andet blev fremhævet, at det var tale om et betydeligt antal transaktioner over en længere periode, samt at den pågældende bank efter en tidligere politianmeldelse om tilsvarende lovovertrædelse ikke havde taget skridt til at sikre indberetning af handelstransaktioner i overensstemmelse med reglerne.[27]

Ved enkeltstående overtrædelser af storaktionærernes flagningspligt efter værdipapirhandelslovens § 29 er bødeforelægget typisk på 10-15.000 kr.[28] I et enkelt tilfælde har bødeforelægget dog været på 75.000 kr. Der var her tale om flere grove overtrædelser af oplysnings- og indberetningspligten for storaktionærer. Overtrædelserne var foretaget af det statsejede Finansiel Stabilitet. Det blev i afgørelsen som en formildende omstændighed fremhævet, at Finansiel Stabilitets overtagelse af nødlidende pengeinstitutters aktiebeholdninger typisk skete under stort tidspres.[29]

3.3. Strafferetlige sanktioner – retspraksis

Som det er fremgået af det ovenfor anførte, har en lang række af bestemmelserne i den oprindelige lov om Københavns Fondsbørs, og nu i værdipapirhandelsloven og lov om finansiel virksomhed, været behæftet med *bødestraf*. Den foreliggende retspraksis viser dog ikke mange eksempler på, at bødestraf er blevet anvendt i forbindelse med overtrædelser af denne lovgivning, og der har været tale om anvendelse af mindre bødestørrelser. Dog synes der at være en tendens til øget anvendelse af bødestraf på området.

Spørgsmålet om anvendelse af bødestraf i forbindelse med overtrædelse af de noterede selskabers oplysningsforpligtelse efter værdipapirhandelslovens § 27, stk. 1, var fremme i den såkaldte Crisplant-sag, jf. Retten i Aarhus, 6. afdeling SS6.26534/999 gengivet Afgørelser og Udtalelser 2000 nr. 1.1. Selskabet, som var noteret på Københavns Fondsbørs, og dets direktør blev fundet skyldig i overtrædelse af § 27, stk. 1, ved ikke rettidigt at have offentliggjort en selskabsmeddelelse om nedjustering af forventningerne til selskabets resultat for regnskabsåret 1995/96. Selskabet idømtes en bøde på

[26] Se således sagerne omtalt hos *Nis Jul Clausen*, NTS 2011:2 s. 67 ff., NTS 2012:1 s. 154 og NTS 2012:2 s. 110.

[27] Sagen, som vedrører Jyske Bank, er offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 5. juli 2012.

[28] Se således en sag offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 18. oktober 2011.

[29] Sagen er offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 14. marts 2012.

100.000 kr. og direktøren en bøde på 25.000 kr. Ved fastsættelsen af bødestørrelsen lagde retten vægt på, at der var tale om en forsinkelse og afskæring af oplysninger til markedet om en meget betydelig forringelse af selskabets forventede årsresultat. Dette medførte, at kursværdien på selskabets aktier ved selskabsmeddelelsen medio september 1996 faldt fra 400 til 370, mens kursværdien ved meddelelsen af årsregnskabet primo november 1996 faldt fra 410 til 300. Selskabets potentielle aktionærer havde således været udsat for en betydelig risiko for tab.[30]

I forlængelse af Finanstilsynets politianmeldelse af Fodboldalliancen AC Horsens A/S for overtrædelse af pligten til hurtigst muligt at offentliggøre intern viden, jf. værdipapirhandelslovens § 27, stk. 1 og 2,[31] har selskabet meddelt, at det har accepteret et bødeforelæg på 50.000 kr. I forbindelse med selskabets ordinære generalforsamling den 13. april 2012 blev der ikke i umiddelbar forlængelse af generalforsamlingens afslutning udsendt en selskabsmeddelelse om ændring af bestyrelsens sammensætning. Offentliggørelse skete den følgende morgen klokken 9.40.

Samme selskab har accepteret et bødeforelæg på 25.000 kr. for i strid med værdipapirhandelslovens § 23, stk. 1 og 3 og § 24 at have udbudt aktier til offentligheden uden at udarbejde et tillæg til prospektet i forbindelse med ændringer i bestyrelsen.[32]

Med hensyn til forbuddet mod videregivelse af intern viden i værdipapirhandelslovens § 36, stk. 1, foreligger der ingen trykte domfældende domme. I UfR 2009.2142 H (den såkaldte Bang-Grønborg sag) blev de to tiltalte af Højesteret frifundet for overtrædelse af § 36, stk. 1, i forbindelse med videregivelse af endnu ikke offentliggjorte oplysninger om en fusion mellem to finansielle virksomheder. Ved såvel byret som landsret var de pågældende fundet skyldige, og bøden blev ved begge instanser fastsat til 5.000 kr.

Det fremgår desuden af Afgørelser og Udtalelser 1996 nr. 1.9, at to sager om overtrædelse af forbuddet mod videregivelse af intern viden er blevet afgjort ved vedtagelse af bødeforelæg. Begge sager relaterer sig til det sagsforløb, som ligger forud for sagen om overtrædelse af insiderforbuddet i UfR 1995.905 HD. Bestyrelsesformanden og et bestyrelsesmedlem i det noterede selskab vedtog bødeforelæg på henholdsvis 3000 kr. og 2000 kr. for at have videregivet oplysninger til personer uden for koncernen og til tidligere ansatte i et amerikansk datterselskab.[33]

[30] I UfR 2006.3359 H blev et selskab og Fondsrådet frifundet i en sag om mulig for sen offentliggørelse af oplysninger om fusion mellem en realkreditforening og en bank.

[31] Offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 5. marts 2013.

[32] Offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 19. december 2012.

[33] Finanstilsynet har på sin hjemmeside www.ftnet.dk den 3. november 1999 offentliggjort en sag, hvoraf det fremgår, at en direktør i et noteret selskab har accepteret et bødeforelæg

Endelig skal det, med baggrund i lovbemærkningerne til værdipapirhandelslovens § 93 a om administrative bødeforelæg, bemærkes, at størrelsen af de ovenfor under 3.2 omtalte administrative bødeforelæg må antages at være udtryk for bødeniveauet i de nævnte sagstyper. Det vil sige, at overtrædelse af reglerne om overtrædelse af storaktionærernes flagningspligt efter værdipapirhandelslovens § 29 straffes med en bøde på mellem 10-15.000 kr., mens udgangspunktet for værdipapirhandlernes overtrædelse af indberetningspligten vedrørende værdipapirhandler i lovens § 33, er 20.000 kr.

Det må forventes, at spørgsmålet om bødestørrelsen ved overtrædelse af forbuddene mod markedsmisbrug vil tiltrække sig betydelig interesse i de igangværende sager, hvor ledende medarbejdere i pengeinstitutter og pengeinstituttet som juridisk person er tiltalt for nogle tilfælde af ganske omfattende overtrædelser af forbuddene mod insiderhandel og kursmanipulation. Der er endnu kun faldet dom i en enkelt sag af denne art, jf. Retten i Hjørrings dom af 8. marts 2013 (nr. JEA-3996/2012). Dommen er anket til landsretten. Byretten fandt det involverede pengeinstitut skyldigt i overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation i forbindelse med kursstabiliserende handler med et andet pengeinstitut, jf. værdipapirhandelslovens § 39, stk. 1 sammenholdt med § 38, stk. 1, nr. 2. Bødestraffen for pengeinstituttet blev fastsat til 5 mio. kr.[34] Ved fastsættelsen af bødestørrelsen lagde retten vægt på virksomhedens størrelse (størrelsen af egenkapitalen og antallet af ansatte), antallet af egne aktier, hvis værdi blev fastholdt som følge af de kursmanipulerende handler, samt det forhold, at de kursmanipulerende handler var foregået over længere tid. Endelig fremhævede retten, at det af forarbejderne til den på gerningstidspunktet gældende konkurrencelov fremgik, at grundbeløbet for alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven bør være i størrelsesordenen 400.000 kr. til 15 mio. kr. Fastholdes betragtningen om anvendelse af bødeniveau ved konkurrencelovsovertrædelser, må der forventes ganske betragtelige bøder til de pengeinstitutter, som findes skyldig i grove overtrædelser af forbuddene mod markedsmisbrug.

Fængselsstraf i forbindelse med overtrædelse af børslovgivningen blev som nævnt indført i 1992 i dansk ret i forbindelse med implementeringen af EU's insiderdirektiv. Straframmen for overtrædelse af forbuddet mod insiderhandel, nu i værdipapirhandelslovens § 35, stk. 1, blev som nævnt fastsat til og er fortsat fængsel i op til 1½ år. Tilsvarende straframme gælder for overtrædelse af forbuddet mod videregivelse af intern viden i værdipapir-

---

på 30.000 kr. for overtrædelse af det dagældende forbud mod tilskyndelse til insiderhandel, jf. den dagældende værdipapirhandelslovs § 35, stk. 1.

[34] Fem ansatte i pengeinstituttet blev ligeledes fundet skyldige i overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation. To tidligere direktører blev idømt 5 måneders ubetinget fængsel, mens tre ansatte, som fandtes at have handlet efter ordrer fra direktørerne, (hvilket fandtes at være en formildende omstændighed), blev idømt en ubetinget fængselsstraf på 3 måneder.

handelslovens § 36 og forbuddet mod kursmanipulation i lovens § 39, stk. 1. Under skærpende omstændigheder kan overtrædelse af forbuddet mod insiderhandel i § 35 stk. 1 og mod kursmanipulation i § 39 stk. 1 straffes med fængsel i op til 6 år, jf. straffelovens § 299 d.

Om baggrunden for at indføre denne straframme ved overtrædelse af forbuddet mod insiderhandel anførte det daværende børsudvalg i dets betænkning om insiderhandel (nr. 1216/1991) s. 69, at det er:

»påkrævet at fastsætte bøders størrelse på et sådant niveau, at de tages seriøst og samtidig har en præventiv effekt. Den præventive effekt er en medvirkende årsag til, at udvalget foreslår, at strafbestemmelsen udvides til at omfatte hæfte og fængsel.«

Retspraksis viser da også, at overtrædelse af forbuddene mod insiderhandel og kursmanipulation straffes relativt hårdt, og det helt klare udgangspunkt er idømmelse af en ubetinget fængselsstraf. Dette sidste indebærer, at de forhold – såsom gunstige sociale og arbejdsmæssige forhold, ung eller høj alder, sygdom, hidtil ustraffet – som normalt kan begrunde anvendelse af betinget fængselsstraf, er uden betydning i forhold ved overtrædelse af de to forbud.

Om baggrunden for at anvende ubetinget fængselsstraf i forhold til insiderhandel har Højesteret anført, jf. UfR 1997.1507 HD, at

»en ubetinget frihedsstraf i almindelighed er påkrævet i tilfælde af insiderhandel for at modvirke denne form for kriminalitet«.[35]

Tilsvarende begrundelse er anvendt i forhold til forbuddet mod kursmanipulation, jf. UfR 2003.1467 HD, hvor det anførtes, at de foretagne kursmanipulerende handlinger fandtes at have været

»egnet til at skade tilliden til værdipapirmarkedet. Højesteret finder – i overensstemmelse med det anførte i Højesterets dom gengivet i UfR 2001.578 – at anvendelse af ubetinget frihedsstraf i almindelighed er påkrævet for at modvirke denne form for kriminalitet, også selvom der ikke kan påvises konkrete tab som følge af de pågældende handlinger«.

Længden af fængselsstraffen i de offentliggjorte domme om insiderhandel har ligget mellem 3 og 6 måneder, jf. UfR 1995.905 H (3 måneder[36]), UfR

[35] Se tillige *Nis Jul Clausen og Lars Schjødt*, UfR 1999 B 207 blandt med fremhævelse af relationen til andre områder, herunder sager om forsikringsbedrageri og socialt bedrageri, hvor ubetinget fængsel også anvendes.

[36] Dog gjort betinget på grund af den lange sagsbehandlingstid.

1997.1504 H (3 måneder), UfR 1999. 513 Ø (5 måneder) samt UfR 2001.673 V (6 måneder).

Længden af fængselsstraffene i Højesterets domme vedrørende kursmanipulation har været 6 måneders og 8 måneders fængsel, jf. henholdsvis UfR 2005.984 H og UfR 2013.196 H. I den sidste dom fandt Højesteret, at der var tale om kursmanipulation, idet tiltalte efter et fast mønster havde foretaget systematisk opkøb af illikvide aktier i mindre selskaber. Opkøbene skete i tidsmæssig sammenhæng med, at tiltalte som professionel investeringsrådgiver gennem artikler i et månedsblad anbefalede investering i disse aktier, hvorefter aktierne blev solgt med en betydelig økonomisk gevinst, ca. 1 mio. kr. Med hensyn til straffens størrelse udtalte Højesteret herefter:

»at straffen for en kriminalitet af den beskrevne art og omfang som udgangspunkt bør udmåles til fængsel i 1 år. I den foreliggende sag, hvor det strafbare forhold har medført væsentlige personlige konsekvenser for T, som har måttet fratræde sin stilling som økonomisk redaktør, findes der efter omstændighederne at burde tages hensyn hertil, og straffen fastsættes herefter til fængsel i 8 måneder. Højesteret finder endvidere, at anvendelse af ubetinget frihedsstraf i almindelighed er påkrævet for at modvirke denne form for kriminalitet. Det, der er anført af T, kan ikke føre til en fravigelse af dette udgangspunkt.«

I grove tilfælde af overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation (og insiderhandel) kan man således forvente en straf på 1 års fængsel, som ikke gøres betinget. Derimod kan særlige vidtgående personlige konsekvenser, som forbrydelsen her medført, typisk bortvisning eller fratrædelse fra stilling, dog føre til en strafnedsættelse, men ikke til betinget fængsel. En sådan strafnedsættelse ville, men næppe pr. automatik, også kunne komme på tale i sager, som involverer tidligere, nu afskedigede medarbejdere i pengeinstitutter og andre finansielle virksomheder. Her gør der sig dog, som en klar skærpende omstændighed, gældende, at der i den finansielle lovgivning stilles særlige og skærpede krav til ledelsesmedlemmer i sådanne virksomheder, hvorfor det må anses for tvivlsomt, i hvilket omfang der bør ske strafnedsættelse over for denne personkreds.

Med hensyn til strafanvendelse og straffens størrelse ved kursmanipulation skal det i øvrigt bemærkes, at i de såkaldte daytrader-sager, hvor den typiske lovovertræder er en mindre, uprofessionel investor, som gennem enkelte handler med illikvide aktier via netbank har opnået en begrænset fortjeneste, har straffen typisk være 30 til 60 dages ubetinget fængsel. I de første daytrader-sager har de lavere retsinstanser, primært byretterne, dog anvendt betinget fængselsstraf. Dette synes ikke længere at være tilfældet og

ej heller i overensstemmelse med Højesterets klare tilkendegivelser om idømmelse af ubetinget fængsel.[37]

4. Perspektivering

Som det er fremgået, har der været et klart politisk ønske i EU om at øge reguleringen og regelharmoniseringen i forhold til det finansielle marked og dets aktører. Sideløbende hermed er tilsynet med reglernes overholdelse og sanktioneringen af overtrædelser blevet skærpet væsentligt. Denne udvikling er blevet yderligere styrket efter den finansielle krise, men det er dog værd at bemærke, at også før krisen var tendensen mod øget regulering og skærpet tilsyn og sanktionering fremherskende på det finansielle område.

Ved implementeringen af EU reglerne i Danmark har lovgiver i meget betydeligt omfang valgt en EU konform implementering også på områder, hvor der for medlemsstaterne har været et spillerum i så henseende. En noget anden tendens kan spores med hensyn til det danske tilsyn. Finanstilsynet har, og vel også med lovgivers accept, ikke lagt skjul på, at det i et europæisk tilsynsmæssigt perspektiv ikke stiler mod et dansk race to the bottom, men derimod mod a race to the top.

Ønsket om skærpet regulering og tilsyn med børsmarkedet var også den politiske reaktion i USA på krakket på Wall Street i 1929 og førte som nævnt til vedtagelse af grundstenene i den amerikanske securities regulation – The Securities Act fra 1933 og The Securities Exchange Act fra 1934.

Den første formand for det magtfulde tilsyn med det amerikanske børsmarked, the Securities and Exchange Commission, William O. Douglas fremhævede i den forbindelse, at tilsynets rolle i forhold til markedet var:

It is one »letting the exchanges take the leadership, with the Government playing a residual role.« However, » [g]overnment would keep the shotgun, so to speak, behind the door, loaded, well-oiled, cleaned, ready for use but with the hope that it would never have to be used.«[38]

[37] Af nyere landsretssager om daytrading, se eksempelvis TFK 2010.800 V (udbud af 5 aktier, fortjenester 2.000 kr., 20 dages ubetinget fængsel), TfK 2011.195 V (6 handler, besparelse/fortjeneste 3.622 kr., 40 dages ubetinget fængsel), TfK 2011.333 V (4 ordrer, fortjeneste 15.915 kr., 60 dages ubetinget fængsel), TfK 2011.428 V (en del ordrer, fortjeneste ca. 11.000 kr., 50 dages fængsel, dog undtagelsesvis gjort betinget med henvisning til, at tiltalte, som var bankelev, var blevet bortvist) samt TfK 2011.545 V (4 ordrer, fortjeneste 2.750 kr., 30 dages ubetinget fængsel). Specielt om strafudmålingen i sager om kursmanipulation, se i øvrigt *Nis Jul Clausen og David Moalem*, NTS 2009:4 s. 110 ff.

[38] *W.O. Douglas*, Democracy and Finance 64-65 (J. Allen ed., 1940).

Det nuværende og kommende europæiske og danske tilsyns rolle i forhold til det finansielle marked og dets aktører kan derimod rettere beskrives som:

*It is one letting the **markets** take the leadership, with the Government playing **an active** role. However, government would keep the shotgun, so to speak, **in front of** the door, loaded, well-oiled, cleaned, ready for use but with the hope that it **may not** be used.*

Unionsborgernes lovgivningsinitiativ

af

Bugge Thorbjørn Daniel

1. Indledning

»Fuldstændig valgret for Unionsborgere i den medlemsstat, hvori de er bosat«, »harmonisering af regler om mediepluralisme«, »fradrag af visse udgifter til uddannelse fra udregning af offentlige udgifter«, »ansættelse af nyuddannede kandidater til undervisning i lav-indkomstområder i EU«, »hastighedsbegrænsning på 30 km/t i byområder«, »suspension af klima- og energipakke undtagen for bestemmelser om energieffektivitet«, »fremme af udvekslingsprogrammer«, »beskyttelse af menneskelige fostre«, »udfasning af forsøg på dyr«, »fælles uddannelsesmål«, »ansvarlig behandling af affald«, »afskaffelse af gebyrer for roaming inden for EU«, »online platform for borgerinitiativet«, »udforskning af ubetinget basisindkomst«, »bekæmpelse af omfattende miljøskade (ecocide)«, »fremme af kvindeligt entreprenørskab«. En række af mere eller mindre idealistiske og moralsk funderede emner og problemstillinger, men hvad er fællesnævneren?

Ovenstående er en liste over de emner, der i øjeblikket står åbne for underskrift fra EU's borgere med henblik på at anmode Kommissionen om udarbejdelse af EU-lovgivning.[1] Hertil kommer det første forslag, der opnåede den magiske million underskrifter: »implementering af rent vand og sanitet som en menneskeret«.[2]

Muligheden for, at Unionens borgere på denne måde kan tage initiativ til lovgivning blev introduceret med TEU art. 10, stk. 4, der trådte i kraft med Lissabon-traktaten den 1. januar 2009. De nærmere procedurer og betingel-

[1] Se http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/ongoing, senest besøgt 25. september 2013.

[2] Kommissionens pressemeddelelse IP/13/107 af 11. februar 2013. Dette initiativ opnåede 1.857.605 underskrifter, se http://www.right2water.eu/, senest besøgt 25. september 2013. Af særlig dansk interesse stod medlem af Europa-Parlamentet Dan Jørgensen bag et initiativ til at nedsætte transporttiderne for dyretransporter i EU, men dette initiativ var præmaturt i den forstand, at det blev iværksat på baggrund af bestemmelserne i Lissabontraktaten og ikke forordningen. Se http://8hours.eu/ – dette initiativ opnåede ifølge egne oplysninger 1.103.248 underskrifter.

ser for udøvelse af initiativet blev først specificeret med Forordning 211/2011, der trådte i kraft den 1. april 2012.[3]

Den korte version af baggrunden for borgerinitiativet er længerevarende diskussioner om Unionens demokratiske legitimitet, der udmøntede sig i, at forslaget blev introduceret i forbindelse med forfatningstraktaten. Herfra fandt ideen vej til Lissabon-traktaten. Borgerinitiativet er på flere måder et interessant bud på, hvordan der kan skabes (bedre) forbindelse mellem Unionen og dens borgere.

I det følgende skitseres i afsnit 2 den generelle traktat- og værdimæssige sammenhæng, hvori borgerinitiativet indgår. Med afsnit 3 redegøres kort for Lissabontraktatens regulering af lovgivningsinitiativer og derved i hvilken overordnet og institutionel sammenhæng borgerinitiativet skal forstås og vurderes. Afsnit 4 præsenterer traktatens bestemmelser vedrørende borgerinitiativet, mens de nærmere detaljer, hvorunder initiativretten skal udøves i medfør af forordning 211/2011, analyseres i afsnit 5. Med afsnit 6 samles kort op.

2. Lissabon-traktaten og demokrati

Som indikeret ovenfor skal borgerinitiativet forstås i konteksten af diskussioner om Unionens demokratiske legitimitet, og det er derfor relevant at kigge kort på, hvorledes demokrati og demokratiske overvejelser har fundet udtryk i Lissabon-traktaten. Demokratiets betydning i og for Unionen kan anskues på et værdimæssigt plan og på et mere konkret plan.

2.1. Demokrati som princip og værdi

Demokrati har en ganske fremtrædende plads i Lissabon-traktatens præambel og genfindes i flere af traktatens indledende bestemmelser. Præamblen fremhæver direkte demokrati som et princip, der er vigtigt for medlemsstaterne, og som Unionen bygger på. Mere indirekte rummer præamblen betragtninger, hvor demokrati indgår som undertone. Endelig præsenteres Lissabon-traktaten som et forsøg på at styrke EU-institutionernes demokratiske virkemåde.

Med inspiration fra Europas »kulturelle, religiøse og humanistiske arv« fremhæver Præamblen til Lissabon-traktaten »demokrati« som en universel værdi sammen med »det enkelte menneskes ukrænkelige og umistelige rettigheder samt frihed«, »lighed og retsstaten« og betydningen af disse værdier fremhæves igen efterfølgende. Ifølge TEU art. 2 udgør disse værdier – med tilføjelse af ligestilling – medlemsstaternes fælles værdigrundlag, som Unionen skal bygge på, værdier, som Unionen internt såvel som i sine forbindelser med den øvrige verden skal fremme og forsvare, jf. TEU art. 3,

[3] Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) Nr. 211/2011 af 16. februar 2011, EUT 2011 L65/1.

stk. 1 og 5.[4] Også i udenrigspolitisk sammenhæng indgår demokrati som del af EU's fundament og som et mål for den fælles optræden udadtil, jf. TEU art. 21, stk. 1 og stk. 2, litra a).

Præamblen har endvidere betragtninger med demokratiske undertoner, såsom henvisningen til den »stadigt snævrere sammenslutning mellem de europæiske folk« og Unionsborgerskabet, der fremgår af TEU art. 9.[5] Hertil kommer nærhedsprincippet, der foreskriver, at beslutninger skal træffes »så nært på borgerne som muligt«. Nærhedsprincippet er i TEU art. 1, stk. 2 formuleret som en forventning om, at beslutninger træffes »så åbent som muligt og så tæt på borgerne som muligt« og i TEU art. 5, stk.3 i forbindelse med Unionens udøvelse af tildelte beføjelser som en konkret afvejning af, om de tiltænkte mål »ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne«, men på grund af omfang eller virkninger »bedre kan nås på EU-plan«. »Åbenhed« og »nærhed« genfindes endvidere i TEU art. 10, stk. 3, hvor disse begreber indgår som elementer i repræsentativt demokrati.

Også Europa-Parlamentets adgang til at modtage andragender fra borgerne i medfør af TEUF art. 227 samt oprettelsen af en Europæisk ombudsmand i medfør af TEUF art. 228 har elementer af demokratisk kontrol.

Det er endvidere interessant, at Lissabon-traktaten også kobler EU-institutionerne og demokrati. Præamblen henviser til, at Lissabon-traktaten søger at styrke institutionernes demokratiske virkemåde yderligere. Denne henvisning må forstås som et udtryk for en bevægelse mod mere demokrati i institutionernes virke og må endvidere forstås i sammenhæng med principperne for Unionens udøvelse af tildelte beføjelser. I medfør af TEU art. 5 skal udøvelsen af beføjelser, som nævnt ovenfor, ske i overensstemmelse med nærhedsprincippet samt proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med protokollen om anvendelse af disse principper. Nærhedsprincippet indebærer en (begrænset) inddragelse af nationale parlamenter, jf. TEU art. 12, litra b) og procedurerne herfor er præciseret i protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet. For så vidt angår åbenhed foreskrives i TEUF art. 15, stk. 1, at Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer skal arbejde så åbent som muligt med henblik på at fremme »gode styreformer og sikre civilsamfundets deltagelse«, og dette er præciseret nærmere i resten af bestemmelsen.

[4] Dette understreges af, at en medlemsstats manglende overholdelse af disse værdier i sidste ende kan medføre suspension af rettigheder iht. traktaterne under proceduren i TEU art. 7.

[5] For en evaluering af fremskridt hen imod et effektivt unionsborgerskab se Rapport fra Kommissionen i henhold til TEUF art. 25, COM(2013) 270 final af 8. maj 2013.

Deltagelse af civilsamfundet understøttes af adgangen til at etablere politiske partier på europæisk plan i medfør af TEU art. 10, stk.4.[6]

2.2. Konkrete bestemmelser om demokratiske principper

TEU art. 9 til art. 12 konkretiserer opfattelsen af »demokrati«. Dette traktatafsnit omfatter bestemmelser om demokratisk lighed for unionsborgere, princippet om repræsentativt demokrati, princippet om deltagelsesdemokrati samt inddragelse af nationale parlamenter.

TEU art. 9 tildeler unionsborgerskab til alle statsborgere i medlemsstater og præciserer, at dette er et supplement til nationalt statsborgerskab. Endvidere skal Unionen respektere, at alle unionsborgere er lige og, at alle unionsborgere har ret til lige stor opmærksomhed fra EU's institutioner, organer, kontorer og agenturer. Denne demokratiske lighed for Unionsborgere suppleres af det generelle diskriminationsforbud i TEUF art. 18.

I medfør af TEU art. 10 skal Unionen fungere på baggrund af repræsentativt demokrati. Det er i denne sammenhæng interessant, at det repræsentative demokrati omfatter direkte repræsentation af borgerne i Parlamentet, samt repræsentation af Medlemsstaterne i Det Europæiske Råd ved statseller regeringschefer og regeringerne i Rådet. I de sidste sammenhænge synes det måske mest korrekt at bruge betegnelsen indirekte repræsentation.

Med TEU art. 10 slås fast, at enhver borger – antageligt menes herved EU-borger – har ret til at deltage i Unionens demokratiske liv, dog uden at det her præciseres, hvori dette demokratiske liv består.

Deltagelsesdemokrati, som det er beskrevet i TEU art. 11, omfatter en pligt for institutionerne til at give borgere og repræsentative sammenslutninger mulighed for at komme til udtryk og diskutere Unionens arbejdsområder offentligt samt at føre en åben dialog med disse sammenslutninger og civilsamfundet. Kommissionen er i denne sammenhæng specifikt forpligtet til at gennemføre brede høringer. Hertil skal lægges emnet for dette bidrag, hjemlen i TEU art. 11, stk. 4 for Unionsborgerne til at tage initiativ til lovgivning – borgerinitiativet.

TEU art. 12 giver, sammen med de tilknyttede protokoller om »Nationale Parlamenters rolle i den Europæiske Union« og »Anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet«, nationale parlamenter specifikke kompetencer på det europæiske plan.[7]

[6] De nærmere regler er nedfældet i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2004/2003 af 4. november 2003 EUT 2003 L 297/1 (15.11.2003), der er udstedt med hjemmel i TEUF art. 224.

[7] Dette betyder dog ikke, at de nationale parlamenter har fundet plads på listen over Unionens institutioner i TEU art. 13.

Endelig fremhæves med TEU art. 10, stk. 4, at politiske partier på europæisk plan har en særlig rolle at spille ved at bidrage til at skabe en »europæisk politisk bevidsthed« og »udtrykke unionsborgernes vilje«.

3. Lissabon-traktatens arbejdsdeling: lovgivningsinitiativet

Retten for unionsborgerne til at tage initiativ til EU-retsakter skal ses på baggrund af Lissabon-traktatens almindelige arbejdsdeling mellem Unionens institutioner.

Med udgangspunkt i listen over institutioner i TEU art. 13 bemærkes først at Det Europæiske Råd ikke udøver lovgivende funktioner, jf. TEU art. 15, stk.1. Ligeledes ses her bort fra Den Europæiske Unions Domstol, ECB og Revisionsretten. I forhold til de øvrige institutioner – Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen – må i forhold til lovgivningsprocessen skelnes mellem initiativ til, forslag til og vedtagelse af lovgivning.

3.1. Initiativ til lovgivning

Kommissionen kan inden for de omfattende kompetencer i TEU art. 17 tage initiativ til lovgivning, mens såvel Parlamentet som Rådet kan tage lovgivningsinitiativer ved at anmode Kommissionen om at stille forslag til lovgivning, jf. TEU art. 14, stk.1 samt art. 16, stk.1. Der er nuanceforskelle på Parlamentets og Rådets kompetencer. Parlamentet kan med et flertal af sine medlemmer anmode Kommissionen om at fremsætte passende forslag om spørgsmål, der kræver udarbejdelse af EU-retsakter, jf. TEUF art. 225. Rådet kan på sin side med simpelt flertal anmode Kommissionen om at foretage indledende undersøgelser og fremsætte egnede forslag til virkeliggørelse af Unionens fælles mål, jf. TEUF art. 241. Det er usikkert, om der er forskel på, om et forslag er »passende« eller »egnet«, men for Rådets vedkommende er dette suppleret af, at Kommissionen kan anmodes om at foretage indledende undersøgelser. Det er karakteristisk, at der i begge tilfælde er tale om anmodninger og, at Kommissionen ikke er bundet heraf. I begge tilfælde skal Kommissionen dog begrunde, hvis den beslutter ikke at fremsætte de ønskede forslag. Endelig gives med TEUF art. 289(4) begrænsede muligheder for at medlemsstater, Den Europæiske Centralbank, Den Europæiske Investeringsbank og Domstolen kan tage initiativer.[8]

[8] En fjerdedel af medlemsstaterne kan tage initiativ til foranstaltninger om administrativt samarbejde mellem nationale myndigheder og Kommissionen, jf. TEUF art. 74, samt retsakter inden for retligt samarbejde i straffesager, jf. TEUF art. 76. Initiativ kan tages af ECB under TEUF art. 129, stk. 3 og stk. 4 og Den Europæiske Investeringsbank i medfør af TEUF art. 308. Domstolen kan begære gennemførelse af ændringer til statutten, jf. TEUF art. 281.

3.2. Lovgivningsforslag

Uanset, om det er på eget initiativ eller på foranledning af Parlamentet eller Rådet, er det Kommissionen, der skal stille forslag til EU-retsakter, medmindre andet fremgår af traktaterne, jf. TEU art. 17, stk.2. Dette gælder lovgivningsmæssige og ikke-lovgivningsmæssige retsakter. Lovgivningsmæssige retsakter er defineret som retsakter vedtaget ved en lovgivningsprocedure, jf. TEUF art. 289, stk. 3 og med ikke-lovgivningsmæssige retsakter menes f.eks. delegerede retsakter, der vedtages af Kommissionen i medfør af delegerede beføjelser, jf. TEUF art. 290, og gennemførelsesretsakter, der udstedes af Kommissionen med henblik på at sikre ensartede betingelser for gennemførelse af EU's bindende retsakter, jf. TEUF art. 291. I forbindelse med borgerinitiativet er det særligt lovgivningsmæssige retsakter, der er relevante.

3.3. Vedtagelse af retsakter

Vedtagelse af lovgivningsmæssige retsakter er i medfør af TEU art. 14, stk. 1 og TEU art. 16, stk. Europa-Parlamentets og Rådets prærogativ. Lovgivningsmæssige retsakter vedtages under den almindelige procedure eller særlige procedurer. Under den almindelige lovgivningsprocedure sker vedtagelse i fællesskab mellem Parlamentet og Rådet, jf. TEUF art. 289, stk. 1, efter procedurerne foreskrevet i TEUF art. 294. Under de særlige lovgivningsprocedurer er balancen mellem de to institutioner forskudt, jf. TEUF art. 289, stk. 2, som præciseret i konkrete hjemmelsbestemmelser. Dette indebærer typisk, at enten Rådet eller Parlamentet vedtager retsakten efter høring af den anden institution i modsætning til en formel ligestilling i lovgivningsprocessen.

4. Borgerinitiativet i TEU artikel 11 og TEUF 24

TEU art. 11, stk. 4 hjemler, at

> »Et antal Unionsborgere på mindst en million, der kommer fra et betydeligt antal medlemsstater, kan tage initiativ til at opfordre [Kommissionen] til inden for rammerne af sine beføjelser at fremsætte et egnet forslag om spørgsmål, hvor en EU-retsakt efter borgernes opfattelse er nødvendig til gennemførelse af traktaterne«.

Det er bemærkelsesværdigt, at denne bestemmelse lader spørgsmålet om antallet af medlemsstater, hvorfra Unionsborgerne skal komme, stå åbent. TEU art. 11, stk. 4 bestemmelse suppleres af TEUF art. 24, der hjemler, at Parlamentet og Rådet ved forordning kan fastlægge nødvendige procedurer og betingelser, herunder et minimumsantal medlemsstater, som de pågældende borgere skal komme fra.

Hjemlen til at regulere borgerinitiativet er udnyttet i Forordning 211/2011 om borgerinitiativer.[9] I medfør af denne forordnings art. 6, stk. 5 skal Kommissionen senest 1. januar 2012 vedtage tekniske specifikationer til gennemførelse af onlineindsamling af underskrifter.[10] Endelig hjemler Forordning 211/2011 i art. 7, stk. 3, at Kommissionen kan vedtage delegerede retsakter med henblik på tilpasning af forordningens bilag af nærmere bestemte årsager.[11]

5. Borgerinitiativet i forordning 211/2011

Forordning 211/2011 stiller krav til initiativtagerne, opstiller en ganske udførlig procedure for indsamling af underskrifter og indgivelse af initiativet til Kommissionen og regulerer enkelte forhold efter indgivelse af initiativet.

5.1. Initiativtagerne

Initiativtagere til et borgerinitiativ skal være fysiske personer og unionsborgere og skal have nået den alder, hvor de efter nationale bestemmelser har valgret til Europa-Parlamentet, jf. art. 3, stk. 1. Dette betyder, at f.eks. østrigske initiativtagere kun behøver at være fyldt 16 år.

Initiativtagerne er på forskellig vis ansvarlige i forhold til initiativet og eventuelle konsekvenser. For det første er initiativtagere registeransvarlige og er derved underlagt kapitel III i direktiv 46/95/EF, jf. art. 12, stk. 2, hvilket blandt andet indebærer, at der skal være mulighed for domstolsprøvelse.[12] Initiativtagerne er også strafferetligt ansvarlige, idet medlemsstaterne skal sikre, at der findes effektive, proportionale og afskrækkende sanktioner for initiativtagernes eventuelle indgivelse af falske støtteerklæringer eller svigagtig anvendelse af data, jf. art. 14. Hertil kommer, at initiativtagere efter nationale regler kan drages til ansvar for enhver skade forvoldt i forbindelse med organisering af borgerinitiativ, jf. art. 13. Rækkevidden fremgår ikke ganske klart, men dette må omfatte nationale regler i den medlemsstat, hvori initiativet er registreret, og kan antageligt også udstrækkes til ansvar for skade i de øvrige medlemsstater. Det er ikke klart, om dette gælder initiativtagerne som gruppe, eller som enkeltindivider.

Ansvaret for indsamling af støttetilkendegivelser påhviler initiativtagerne, jf. art. 5, stk. 1. Et forslag kan trækkes tilbage af initiativtagerne i løbet af

[9] Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) Nr. 211/2011 af 16. februar, L 65/1, (11.3.2011).

[10] Se hertil Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 1179/2011 af 17. november 2011, L 301/3 (18.11.2011).

[11] Denne hjemmel er udnyttet med Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 268/2012 af 25. januar 2012, L89/1 (27.3.2012).

[12] Se hertil artikel 22 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EF) 46/95/EF af 24. oktober 1995, EFT L 281/31 (23.11.1995).

proceduren frem til det tidspunkt, hvor forslaget er indgivet til Kommissionen, jf. art. 4, stk. 5.

5.2. Proceduren

5.2.1. Indledende skridt – før indsamling af tilkendegivelser starter

Det forudsættes i forordningen, at der tages en række indledende skridt, førend den egentlige indsamling af støttetilkendegivelser kan indledes. For det første skal der være mindst 7 initiativtagere, der skal være bosat i hver sin medlemsstat, jf. art. 3, stk. 1. Dette krav hænger sammen med minimumsantallet af medlemsstater, hvorfra støttetilkendegivelser skal komme, nedenfor afsnit 5.2.5. Initiativtagere, der er medlemmer af Europa-Parlamentet, kan ikke medregnes i minimumsantallet, jf. art. 3, stk. 2, 3. afsnit. Dette tjener til at beskytte borgerinitiativet mod at blive brugt til at udvide Europa-Parlamentets beføjelser i henhold til traktaterne. Initiativtagerne skal danne en borgerkomité og udpege en repræsentant og en stedfortræder, der skal fungere som bindeled mellem borgerkomitéen og EU-institutioner og skal kunne tale og handle på komiteens vegne jf. art. 3, stk. 2, 2. afsnit.

For at kunne opnå retten til at lade et initiativ registrere og derved retten til at påbegynde indsamling af støttetilkendegivelser skal initiativtagerne indgive en række oplysninger, jf. art. 4, stk. 1. De forudsatte oplysninger, der er specificeret i bilag II til forordningen, skal indgives på et af Unionens officielle sprog på et onlineregister og omfatter initiativets titel, emne, beskrivelse af formål, relevante traktatbestemmelser, data vedrørende initiativtagerne samt alle kilder til støtte og finansiering. Emne og formål skal beskrives ganske kortfattet, men kan uddybes i bilag. Denne beskrivelse skal bidrage til, at Kommissionen kan tage stilling til, om forslaget opfylder betingelserne til lødighed og ikke krænker Unionens værdier, og tilsvarende tjener angivelse af relevante traktatbestemmelser til, at Kommissionen kan tage stilling til, om forslaget falder uden for Kommissionens beføjelser, som beskrevet i næste afsnit.

5.2.2. Registrering af forslag og eventuelt afslag herpå

Når Kommissionen har modtaget de nødvendige oplysninger vedrørende et planlagt borgerinitiativ, skal det undersøges, om initiativet opfylder nærmere bestemte betingelser som præciseret i art. 4, stk. 2.

Den første betingelse er opfyldelse af formalia vedrørende dannelse af borgerkomite og udpegning af kontaktpersoner, og Kommissionen kan i givet fald anmode om passende bevis, jf. art. 3, stk. 3. Hertil kommer, at forslaget ikke åbenbart må ligge uden for Kommissionens kompetencer i TEU art. 17, stk. 1, og heller ikke åbenbart må stride mod Unionens værdier i TEU art. 2. Endelig må forslaget ikke være utilstedeligt, uunderbygget eller af chikanøs karakter.

Er disse betingelser opfyldt, skal Kommissionen inden for 2 måneder registrere forslaget, sende en bekræftelse til initiativtagerne, jf. art. 4, stk. 2, og offentliggøre initiativet, jf. art. 4, stk. 4. Herefter kan initiativtagerne lade forslaget oversætte og indgive forslaget til registret på andre af Unionens officielle sprog, jf. art. 4, stk. 1, 4. afsnit.

Er betingelserne derimod ikke opfyldt, skal Kommissionen afslå at registrere forslaget og oplyse initiativtagerne begrundelsen herfor, art. 4, stk. 3.

5.2.3. Støtte af initiativ

Kun fysiske personer kan underskrive støttetilkendegivelser, og for at være berettiget skal man være unionsborger og have opnået valgret til Europa-Parlamentet i den medlemsstat, hvori man er bosat, jf. art. 3, stk. 4.

Et initiativ kan støttes på anden vis end med underskrift, og denne mulighed for anden støtte eller finansiering står åben for såvel fysiske som juridiske personer. Forordningen forudsætter en betydelig grad af åbenhed i denne sammenhæng, se hertil f.eks. præamblen, pkt. (9). Allerede ved indgivelse af de indledende oplysninger skal angives oplysninger om støtte og finansiering, jf. bilag II, pkt.6, og initiativtagerne er forpligtet til regelmæssigt at opdatere disse oplysninger i registeret og på et eventuelt selvstændigt websted, jf. art. 4, stk. 1, 3. afsnit. Pligten til at oplyse om støtte og finansiering følger reglerne for støtte til politiske partier på europæisk plan, jf. art. 9, 2. afsnit.[13]

5.2.4. Formkrav: papir/elektronisk

Indsamling af underskrifter kan ske i papirform eller elektronisk, jf. art. 5, stk. 2, underskrives med avanceret elektronisk signatur behandles dette som papirform.[14] Det er i alle tilfælde et krav, at der anvendes korrekt udfyldte formularer, der følger modellerne i bilag III og er på et af de sprog, initiativet er optaget i registeret med, jf. art. 5, stk. 1, 2. afsnit. Kun disse formularer må anvendes, jf. art. 5, stk. 3, men modellerne kan modificeres med henblik på onlineindsamling, jf. art. 6, stk. 1, 3. afsnit.

For onlineindsamlingssystemer foreskrives visse sikkerhedsmæssige og tekniske kendetegn, jf. art. 6, stk. 4 i forhold til 1) hvem, der kan indgive erklæringer, 2) hvordan informationer skal lagres og 3) udformning af formularer.[15] Initiativtagerne kan vælge at anvende den open source-software, Kommissionen er forpligtet til at udvikle og vedligeholde eller anvende

[13] For disse regler se Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) 2004/2003 af 4. november 2003, EUT L 297/3 (15.11.2003).

[14] Der henvises til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/93/EF af 13. december 1999, EFT L 13/12 (19.1.2000).

[15] Kommissionen udfærdiger tekniske specifikationer, jf. stk. 5, se hertil Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 1179/2011 af 17. november 2011, L 301/3 (18.11.2011).

egen software. I det sidste tilfælde har medlemsstaterne udpeget kompetente myndigheder, der skal være ansvarlige for at kontrollere, at onlineindsamlingssystemerne opfylder kravene i art. 6, stk. 4, jf. art. 15, stk. 1. Initiativtagerne skal anmode de kompetente myndigheder om attestering af systemet, før indsamlingen påbegyndes, jf. art. 6, stk. 2. Opfyldelse skal attesteres inden for en måned, og medlemsstaterne anerkender gensidigt attesterne, jf. art. 6, stk. 3.[16] Data skal oplagres på den medlemsstats område, hvor attesten udstedes, jf. art. 6, stk. 1.

Kun fysiske personer må kunne indgive støtteerklæringer, jf. litra a), og denne betingelse reflekterer, at TEU art. 10, stk. 4 tildeler unionsborgere initiativretten. Omvendt anerkendes i præamblen, at kollektive enheder – organisationer – åbent skal kunne støtte til et initiativ ved erklæring eller finansielle bidrag, jf. pkt.(9). Enhver form for støtte eller finansiering over et vist beløb, der følger af de regler, der gælder for støtte til politiske partier på europæisk plan, skal meddeles Kommissionen med henblik på offentliggørelse i registeret, jf. art. 9.[17]

Online data skal indsamles og lagres sikkert, jf. litra b). Initiativtagerne er registeransvarlige, jf. art. 12, stk. 2, og skal teknisk og organisatorisk sikre beskyttelse af personoplysninger, jf. art. 12, stk. 6.

Med henblik på medlemsstaternes kontrol af støttetilkendegivelser under art. 8, stk. 2 skal onlineindsamlingssystemer kunne generere formularer, der opfylder forordningens bilag III, se hertil nedenfor afsnit 5.3.1.

Fristen for indsamling af støttetilkendegivelser er 12 måneder fra registrering af forslaget, jf. art. 5, stk. 5.

5.2.5. Krav til støttetilkendegivelser

Med forordningen tages højde for, at der er forskelle medlemsstaterne imellem på hvem, der kan afgive/tilkendegive støtte og hvilke krav, der stilles til dokumentation af vedkommendes identitet.

Grundlæggende sondres mellem, om medlemsstaten kræver forelæggelse af personligt ID-nummer/personligt ID-dokument eller ikke.

Blandt landene, der ikke stiller krav om forelæggelse af ID-numre eller ID-dokumenter, stiller Irland, Det Forenede Kongerige og Nederlandene udelukkede krav om, at underskriverne er bosat i det pågældende land. Slovakiet, Finland og Estland tillader endvidere tilkendegivelser fra statsborgere bosat uden for landet, mens Danmark, Tyskland og Belgien forudsætter, at statsborgere bosat udenlands har meddelt dette til nationale myndigheder.[18]

[16] Forordningens bilag IV indeholder en model for denne attest.

[17] Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) 2004/2003 af 4. november 2003, EUT L 297/3 (15.11.2003).

[18] Se hertil forordningens bilag III, Del C, pkt.1.

De øvrige medlemsstater stiller forskellige krav til ID.[19]

Forskellene indebærer, at den samme underskriver potentielt kan være kvalificeret i mere end én medlemsstat, men i medfør af art. 5, stk. 3 er det kun lovligt at erklære sin støtte til et givet initiativ en gang. Det har imidlertid betydning, hvilken medlemsstat, der skal kontrollere, idet dette er afgørende for opfyldelsen af kravet om fordeling af tilkendegivelser på et vist antal medlemsstater, se hertil næste afsnit.

Sondringerne har betydning for initiativtagerne, idet de influerer på udformningen af lister til støttetilkendegivelser, der skal anvendes, jf. art. 5, stk. 3.[20] Forordningen anviser i formularer til indsamlingslister, hvilke oplysninger der skal indsamles. Der sondres i formularerne mellem de to nævnte situationer, men hertil kommer betydelige forskelle på medlemsstaternes praksis i forhold til angivelse af efternavne, fast bopæl, fødested og -dato, samt type af ID-dokument.[21]

5.2.6. Hvornår er der tilstrækkelig støtte

Som nævnt fremgår det af TEU art. 10, at der skal stå mindst en million unionsborgere bag et borgerinitiativ. Det fremgår af bestemmelsen, at underskriverne skal komme fra et »betydeligt« antal medlemsstater, men ikke hvor mange. Dette er uddybet i forordningen.

Med forordningen tilstræbes en balance mellem på den ene side, at et givet borgerinitiativ repræsenterer en EU-interesse og på den anden, at det er let at anvende, se præambel pkt. (5) og (8). Konkret kræves derfor, at underskriverne skal komme fra mindst en fjerdedel af medlemsstaterne, jf. art. 7, stk. 1, og dette suppleres af yderligere et krav om, at antallet af underskrivere fra disse medlemsstater opfylder et vist minimum. Dette minimum fastsættes med udgangspunkt i fordelingen af pladser i Europa-Parlamentet således, at det krævede antal underskrifter skal svare til 750 gange den pågældende medlemsstats pladser i Parlamentet, jf. art. 7, stk. 2.[22] Der er ikke i traktaten forudsat, at et borgerinitiativ skal opnå et vist minimum af tilslutning i hver medlemsstat, men fastsættelse heraf falder under Kommissionens beføjelse til at foreslå betingelser for udøvelse af borgerinitiativet under TEUF art. 24.

Den valgte metode til at finde det minimale antal underskrivere fra hver medlemsstat kobler reglerne for fordelingen af pladser i Parlamentet med borgerinitiativet, men på sin vis med omvendt fortegn. I medfør af TEU art. 14, stk. 2 skal fordelingen af pladserne i Parlamentet ske degressivt propor-

[19] Se hertil forordningens bilag III, Del C, pkt.2.

[20] Se hertil formularerne i forordningens bilag III. Kommissionen kan tilpasse dette bilag i medfør af art. 5, stk. 4.

[21] Se hertil fodnoterne til formularerne i forordningens bilag III.

[22] De krævede minimumstal er fastlagt i bilag I til forordningen.

tionalt i forhold til antallet af borgere i den pågældende medlemsstat, med et minimum på 6 og et maksimum på 96 pladser. Denne ordning har som konsekvens, at en plads i Europa-Parlamentet bliver »billigere« i antal stemmer for repræsentanter for Unionens mindre lande.[23] Det modsatte gør sig gældende for borgerinitiativet. For Tysklands vedkommende kræves således mindst 74.250 underskrifter svarende til 0,09 % af borgerne, mens antallet på Malta er 4500 eller 1,1 % af borgerne.[24] Herved bliver det forholdsmæssigt vanskeligere at opnå den fornødne tilslutning i de mindre medlemsstater. Tallet 750 er valgt for at fastsætte et vist minimum i hver enkelt medlemsstat og under hensyntagen til, at tærsklen ikke bør være for lav i små medlemsstater.[25]

Lykkes det ikke at opnå tilstrækkelig støtte inden for 12 måneder, skal det fremgå af registeret, at fristen er udløbet, og at målet ikke blev nået, jf. art. 5, stk. 5.

5.3. Efter indsamling af støttetilkendegivelser

Når indsamlingen af støttetilkendegivelser er ophørt, skal de først kontrolleres i de medlemsstater, hvori de underskrivende unionsborgere opholder sig. Herefter skal initiativet indgives til Kommissionen, og endelig skal Kommissionen afgøre, om og i hvilken form initiativet følges.

5.3.1. Kontrol og attestering af støttetilkendegivelser

Når indsamlingen af støttetilkendegivelser er til ende, skal de fremsendes til nationale myndigheder med henblik på kontrol. Dette indebærer for initiativtagernes vedkommende en undersøgelse af, hvilken medlemsstat, der er kompetent og i tilfælde, hvor der er mere end en kompetent medlemsstat en stillingtagen til, hvortil hver enkelt erklæring skal sendes, se hertil ovenfor afsnit 5.2.4.

Medlemsstaterne udpeger hver én kompetent myndighed til at koordinere kontrol af støttetilkendegivelser under art. 8, stk. 2, jf. art. 15, stk. 2. Støttetilkendegivelser skal indsendes samlet til den relevante kompetente nationale myndighed, men skal sorteres efter, om de er indgivet i papirform, under-

[23] Yderpunkterne er Tyskland med noget over 800.000 stemmer, tallene for Luxembourg og Malta lidt over 60.000 stemmer, mens gennemsnittet er ca. 650.000 stemmer pr. plads.

[24] Udregnet på baggrund af en befolkning på henholdsvis 82 millioner og 400.000. For Danmark, med udgangspunkt i en befolkning på ca. 5,5 millioner er tallet 9750 svarende til 0,18 %.

[25] Se kommentarerne til Kommissionens forslag til forordningen KOM(2010) 119 endelig, 2010/0074 (COD), s. 5. Kommissionen har med forordningens art.7, stk. 3 fået delegeret kompetence til at tilpasse bilag I med henblik på at afspejle ændringer i Parlamentets sammensætning.

skrevet elektronisk med avanceret elektronisk signatur eller indsamlet via onlineindsamlingssystem, jf. art. 8, stk. 1.

De nationale kompetente myndigheder skal inden for tre måneder kontrollere støttetilkendegivelser, men forordningen foreskriver ikke, hvori en sådan kontrol skal bestå. Af art. 8, stk. 2 fremgår, at kontrol skal ske »på grundlag af passende undersøgelser og i overensstemmelse med national ret og praksis«, men at der ikke kræves autentifikation af underskrifter. Medlemsstaterne skal gensidigt anerkende andre medlemsstaters kontrol, jf. art.6, stk. 3. Kontrollen udmøntes i en gratis attest, jf. art. 8, stk. 3.[26]

For så vidt angår beskyttelse af personoplysninger er den kompetente myndighed, der skal koordinere kontrol af støtteerklæringer under art. 15, stk. 2, jf. art. 8, stk. 2, som registeransvarlige, forpligtet til at overholde direktiv 95/46/EF og nationale bestemmelser fastsat til gennemførelses heraf, jf. art.12.[27] Personoplysninger må af den kompetente myndighed udelukkende anvendes til kontrol af erklæringers overensstemmelse med art. 8, stk. 2 og skal som udgangspunkt destrueres senest en måned efter, at antallet af gyldige erklæringer er blevet attesteret, jf. art. 12, stk. 4.[28]

5.3.2. Indgivelse til Kommissionen

Et borgerinitiativ kan indgives til Kommissionen, når initiativtagerne har modtaget attesterne vedrørende kontrol af underskrifter, jf. art. 9, 1. afsnit. Attesterne skal suppleres af en særskilt formular, jf. art. 9, 3. afsnit.[29]

Når et borgerinitiativ opfylder betingelserne og er blevet indgivet til Kommissionen, har initiativtagerne krav på, at tre trin følges. For det første skal borgerinitiativet straks offentliggøres i registeret, jf. art. 10, stk. 1, litra a). For det andet skal Kommissionen mødes med initiativtagerne med henblik på, at de kan redegøre for de spørgsmål, der er rejst i initiativet, jf. art. 10, stk. 1, litra b). Herefter skal initiativtagerne have mulighed for inden for tre måneder at fremlægge initiativet ved en offentlig høring i Europa-Parlamentet, eventuelt sammen med andre EU-institutioner eller EU-organer, jf. art. 11. Ved mødet med initiativtagerne og ved den offentlige høring skal Kommissionen repræsenteres på »passende niveau«. Det præciseres ikke, hvad der menes hermed, men antageligt er det op til Kommissionen selv at fastlægge, hvad der er passende. Disse procedurer sikrer, at Kommissionen får indikationer af, hvilke veje de politiske vinde blæser i

[26] Forordningens bilag VI rummer en model for denne attest.

[27] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EF) 46/95/EF af 24. oktober 1995, EFT L 281/31 (23.11.1995).

[28] Hvis det er nødvendigt af hensyn til administrative eller retlige procedurer, kan støttetilkendegivelser eller kopier heraf bevares ud over denne frist, men de skal i så fald destrueres senest en uge efter en endelig afgørelse i disse procedurer er truffet, jf. art. 12, stk. 5.

[29] Denne formular findes i forordningens bilag VII.

forhold til initiativet og derved kan kvalificere sin efterfølgende stillingtagen.

5.3.3. Kommissionens stillingtagen

Kommissionen skal tage stilling til et borgerinitiativ inden for tre måneder efter modtagelsen. Stillingtagen indebærer fastlæggelse af juridiske og politiske konklusioner og stillingtagen til eventuelle foranstaltninger, jf. art. 10, stk. 1, litra c). Den del, der vedrører foranstaltninger, skal begrundes, jf. art. 10, stk. 2, og præamblen indikerer, at dette skal ske på »klar, forståelig og detaljeret måde« med henblik på at påvise, at initiativet er blevet grundigt overvejet, jf. pkt. (20).

Det må antages, at Kommissionens juridiske konklusioner i første omgang drejer sig om, hvorvidt og i hvilket omfang forslaget falder inden for Kommissionens kompetencer i medfør af TEU art. 17, stk.1. Dette er nødvendigt uanset, at forslaget allerede er blevet screenet inden registrering, idet kravet i den sammenhæng blot er, at forslag kan registreres, såfremt de ikke åbenbart falder uden for Kommissionens kompetencer eller strider åbenbart mod Unionens værdier i TEU art. 2, jf. art. 4, stk. 2, litra b og litra d, se ovenfor afsnit. I anden omgang må disse juridiske konklusioner vedrøre en eventuel udøvelse af kompetence, og derved rejses såvel hjemmelsspørgsmål som spørgsmål vedrørende udøvelse af kompetence, såsom nærhedsprincip og proportionalitetsprincip, jf. TEU art. 5. Kommissionens politiske konklusioner indebærer stillingtagen til, om det er politisk opportunt for Kommissionen at fremsætte forslag til lovgivning.

For så vidt angår iværksættelse af foranstaltninger og spørgsmålet om begrundelse, er flere forhold værd at bemærke. For det første er Kommissionen uden for konteksten af borgerinitiativer underlagt et begrundelseskrav for Europa-Parlamentets og Rådets lovgivningsinitiativer, jf. TEUF art. 225 og 241, hvis den vælger ikke at følge en anmodning om at fremsætte forslag til lovgivning. Fremsatte forslag skal altid begrundes i overensstemmelse med den generelle begrundelsespligt i TEUF art. 296.

Tilsvarende gælder, at Kommissionen ikke er forpligtet til at træffe foranstaltninger som følge et borgerinitiativ. Dette indebærer, at Kommissionen kan vælge ikke at handle, eller at handle under hel, delvis eller ingen hensyntagen til indholdet af initiativet. Præamblens kvalificering af begrundelserne indebærer efter min mening, at der kan stilles særlige krav til begrundelserne i tilfælde, hvor Kommissionen vælger ikke at handle – f.eks. i henhold til politiske konklusioner, eller hvor Kommissionen slet ikke tager hensyn til initiativets indhold. Under hensyntagen til, at det kan være vanskeligt at afgøre, om Kommissionens foranstaltninger helt eller delvist tager hensyn til initiativet, må dette kvalificerede begrundelseskrav udstrækkes også til disse situationer. Endelig vil det, ud fra en logisk betragtning, være at gå for

langt, hvis Kommissionen vælger at træffe foranstaltninger i strid med initiativet begrundet i initiativet, om end også dette kan være vanskeligt at afgøre i praksis.

Meddelelse om såvel de juridiske og politiske konklusioner som spørgsmålet om foranstaltninger skal sendes til initiativtagerne, Europa-Parlamentet og Rådet samt offentliggøres, jf. art. 10, stk. 2.

5.4. Afslutning af initiativet

Initiativtagerne er forpligtet til at sikre, at indsamlede personoplysninger ikke anvendes til andre formål og skal destruere alle tilkendegivelser og kopier heraf. Destruktion skal ske enten senest en måned efter, at initiativet er indgivet til Kommissionen eller, hvis dette tidspunkt er tidligere, senest 18 måneder efter registrering af forslaget, jf. art. 12, stk. 3.[30]

På det politiske plan kan initiativtagerne naturligvis fortsat forsøge at påvirke Kommissionen, Rådet og Europa-Parlamentet i resten af lovgivningsprocessen.

6. Opsamling

Ideen om at give Unionens borgere mulighed for at tage initiativ til lovgivning skal forstås i en kontekst af retlig og politisk integration mellem medlemsstater, deres befolkninger og Unionen. Der er allerede på en række punkter skabt forskellige former for samarbejde mellem nationale institutioner og Unionens institutioner, et samarbejde, der omfatter såvel den udøvende, dømmende og lovgivende magt som direkte repræsentation af individer på EU-plan. Nationale stats- og regeringschefer udgør Det Europæiske Råd, Rådet sammensættes af fagministre, og begge samarbejder på forskellig vis med Kommissionen. Nationale retsinstanser håndhæver umiddelbart anvendelig EU-lovgivning og samarbejder via præjudicielle søgsmål med EU-Domstolen. Med Lissabon-traktaten skabtes endvidere forbindelse direkte til de nationale parlamenter. Til dette skal lægges Europa-Parlamentet, der har fået en stadig mere central rolle i lovgivningsprocessen, og som skaber direkte forbindelse til Unionens borgere og den tilknyttede mulighed for at etablere politiske partier på EU-plan. Borgerinitiativet skal ses i denne sammenhæng og supplerer repræsentationen i Europa-Parlamentet ved at give unionens borgere adgang til at sætte enkeltsager på EU-dagsordenen uden om de eksisterende nationale og EU-retlige magtstrukturer.

[30] Hvis det er nødvendigt af hensyn til administrative eller retlige procedurer, kan støttetilkendegivelser eller kopier heraf bevares af initiativtagerne ud over denne frist, men skal i så fald destrueres senest en uge efter en endelig afgørelse i disse procedurer er truffet, jf. art. 12, stk. 5.

På denne baggrund ligger borgerinitiativet i tråd med Lissabon-traktatens demokratiske strømme og understrømme. Det er vigtigt at holde sig for øje, at initiativer ikke kan række ud over de nuværende traktatmæssige rammer.

Når man kigger nærmere på detaljerne i borgerinitiativet, springer det umiddelbart i øjnene, at initiativet udelukkende giver ret til at tage initiativ til lovgivning, mens forslag og vedtagelse involverer de eksisterende institutioner. Borgerinitiativretten svarer ganske vist i store træk til den initiativret, der tilkommer Rådet og Europa-Parlamentet, men det skal erindres, at den efterfølgende vedtagelse netop sker i samarbejde mellem disse to institutioner. Dette betyder konkret, at et forslag fra kommissionen til lovgivning, som er udarbejdet på baggrund af et borgerinitiativ, stadig skal vedtages af Europa-Parlamentet og Rådet i henhold til den relevante procedure. Man kan nemt forestille sig, at dette, såvel som den foregående bearbejdning i Kommissionen, kan komme til at fungere som en bremse i forhold til konkrete borgerinitiativer.

I forhold til selve udformningen af borgerinitiativet kan det først konstateres, at Lissabon-traktaten er ganske kortfattet og lader det være op til Kommissionen at fastsætte betingelser og procedurer. Med forordning 211/2011 er gjort et forsøg på at balancere på den ene side, at initiativet skal være brugbart og tilgængeligt, og på den anden side, at det indrettes med henblik på at sikre, at forslag forfølger det, der i præamblen betegnes fælleseuropæiske temaer.

Endelig skal det bemærkes, at forordningen – ifølge præamblens pkt. (2) – tilstræber at fastlægge klare, enkle og brugervenlige procedurer og betingelser med en fornuftig balance mellem rettigheder og forpligtelser. Det kan diskuteres, om forordningens krav og ikke mindst de syv bilag kan betegnes enkle og klare, men dette skal dog ses i lyset af Kommissionens forpligtelse til at bidrage til processen: Af præamblens pkt. (4) fremgår, at Kommissionen efter anmodning bør give borgerne oplysninger og uformel rådgivning særligt for så vidt angår registreringskriterierne. Mere konkret forpligtes Kommissionen til at tilbyde hjælp til registrering af initiativer art. 4, stk. 1, at oprette et kontaktpunkt art. 4, stk. 1, 5. afsnit, at stille open source software til rådighed for onlineindsamling af støttetilkendegivelser, jf. art. 6, stk. 2, samt at mødes med initiativtagere efter indgivelse af forslag, jf. art. 10, stk. 1, litra b).

Den ide om øget demokrati, der ligger bag borgerinitiativet, skal ses som en del af svaret på diskussionerne om EU's legitimitet. I den sammenhæng bliver den største udfordring, hvorvidt og i hvilket omfang Kommissionen formår at omsætte initiativer til lovgivning på en måde, så initiativtagerne kan genkende deres forslag i EU-lovgivningen, eller om forventninger skuffes i et omfang, så det bliver demokratisk kontraproduktivt.

Strafferetlig jurisdiktion i Norden

af

Thomas Elholm

1. Indledning

Et træk ved udviklingen af de strafferetlige regler i de senere år er tendensen til, at vi herhjemme vil kunne straffe handlinger, som personer med tilknytning til Danmark begår i udlandet eller udsættes for i udlandet. Herhjemme vil vi f.eks. gerne kunne straffe danske borgere, som begår visse seksualforbrydelser i udlandet – også selvom de pågældende forbrydelser ikke er kriminaliserede i det fremmede land. Tidligere anså mange lande og juridiske eksperter den slags for urimelig indblanding i fremmede landes forhold. Mange folkeretseksperter anlægger fortsat det syn. Men ellers er det under opblødning. Der vedtages regler i Danmark i disse år, som udvider danske domstoles muligheder for at behandle straffesager, som har større tilknytning til udlandet. Det drejer sig om de såkaldte strafferetlige jurisdiktionsregler.

Hvordan ser det ud i de øvrige nordiske lande? Det er et af de spørgsmål, som en sammenlignende undersøgelse af de nordiske landes jurisdiktionsregler giver svar på. Undersøgelsen er gennemført med deltagelse af en række forskere, som har indgående kendskab til de nordiske landes strafferet. Undersøgelsen har været forankret i det strafferetlige forskningsmiljø på Juridisk Institut, Syddansk Universitet, og har været ledet af min kollega Birgit Feldtmann og mig selv. Det indgår i et af instituttets forskningsmæssige fokusområder, der handler om tværnational myndighedsudøvelse, dvs. spørgsmålet, om et lands myndigheder kan retsforfølge og straffe handlinger begået i et andet land. Spørgsmålet har stigende praktisk betydning. Det samme har spørgsmålet, hvilket land der skal retsforfølge en given handling, hvis flere lande har jurisdiktion.

En sammenligning af reglerne i de nordiske lande kan bidrage ikke blot til at påpege ligheder og forskelle, som er interessante for en snæver fagkreds. Den kan også bidrage til at besvare spørgsmål om, hvilke lande der i en given situation har jurisdiktion og hvorfor. Det kan måske endog give et grundlag for at løse eventuelle jurisdiktionskonflikter. Det er således et både juridisk og praktisk interessant emne.

Forskningsprojektet munder i løbet af kort tid ud i en dobbeltpublikation, nemlig en bog på engelsk og en på tysk med identisk indhold. Publikationen indeholder for det første en gennemgang af hvert af de nordiske landes jurisdiktionsregler. Derudover indeholder publikationen en oversættelse af hvert lands jurisdiktionsregler. Stoffet er systematiseret på en måde, som gør det let at sammenligne reglerne på tværs af landene. Det kan være gavnligt både for forskere, som skal skrive om jurisdiktion, og for praktikeren, som har behov for at vide, hvordan jurisdiktionsreglerne forholder sig til hinanden i en konkret sag. For det andet indeholder publikationen en afsluttende artikel, hvor nogle hovedtræk ved de nordiske landes jurisdiktionsregler påpeges og drøftes. Det er eksempler fra denne afsluttende artikel, som formidles i det følgende.

2. Hvorfor sammenligne de nordiske lande?

Man kan spørge, hvorfor det netop er relevant at sammenligne de nordiske landes jurisdiktionsregler? Det er faktisk ofte det første spørgsmål, man stiller sig, når man arbejder med komparativ retsvidenskab.

Island og Norge var dele af Danmark i århundreder, Finland var del af Sverige, Sverige og Norge var i unionsforbund i næsten hundrede år. De nordiske lande deler endvidere landegrænser og sprog. Selv om der er store forskelle mellem de nordiske lande, har de en hel del til fælles både historisk og kulturelt. Det gælder fortsat i dag, og det kan spores, ikke blot i straffelovgivningen og i det strafferetlige samarbejde mellem de nordiske lande, men også på andre retsområder f.eks. vedrørende køberet og arveret.

Et eksempel på de tætte bånd og det tætte strafferetlige samarbejde mellem de nordiske lande er de fælles nordiske regler om udlevering af mistænkte til retsforfølgning og straffedømte til afsoning mellem landene. Allerede længe før EU vedtog den såkaldte europæiske arrestordre i 2002, som muliggjorde hurtigere og lettere udlevering mellem EU-landene, fandtes en tilsvarende ordning mellem de nordiske lande. Det forlyder endda, at den europæiske arrestordre er inspireret af den nordiske. Det blev ellers anset for problematisk at indføre en sådan udleveringsordning mellem EU-landene, fordi der var store forskelle historisk, kulturelt, strafferetligt og straffeprocessuelt mellem landene. Den mangeårige eksistens af den nordiske ordning markerer således landenes fælles rødder og politiske indstilling. Udlevering er i øvrigt et emne, som ligger tæt op ad jurisdiktion, og som har relevans for jurisdiktionsreglerne.

Det tætte lovgivningsmæssige samarbejde mellem de nordiske lande inden for strafferetten ses bl.a. ved Den Nordiske Strafferetskomité, som blev etableret i 1960 af fire nordiske justitsministre (Island kom til tre år senere). Komiteen skulle komme med forslag til ny lovgivning, som ville føre til tilnærmelse af strafferetten i de nordiske lande. Komiteen lavede en række

rapporter. Den sidste af dem, nr. 1992:17, handler om jurisdiktion. Komiteen giver en række anbefalinger til lovgiverne i de nordiske lande.
Finland gennemførte i 1996 en omfattende reform af deres strafferet, hvor mange af ændringerne vedrørende jurisdiktion fulgte anbefalingerne fra komiteen. En vis tilslutning til anbefalingerne kan også spores i svenske forarbejder vedrørende en reform af de svenske jurisdiktionsregler (som dog endnu ikke er trådt i kraft, SOU 2002:98). Danmark, derimod, negligerede komiteens anbefalinger i den reform af de danske jurisdiktionsregler, som fandt sted i 2008. Norge indtager en mellemposition mellem disse yderpunkter.

3. Nordiske tendenser

3.1. Principper for jurisdiktion

Når man ser de fem landerapporter med redegørelserne for hvert af de nordiske landes jurisdiktionsregler og sammenligner dem med strafferetskomiteens rapport 1992:17, træder en række tendenser frem. En af disse er tendensen til at udvide jurisdiktionsreglerne til at omfatte tilfælde, som ikke tidligere har været omfattet af det pågældende lands jurisdiktion.

Tendensen kan iagttages ved at se på de principper, som anvendes i lovgivningen vedrørende jurisdiktion. Strafferetlige jurisdiktionsregler i alle lande bygger på en række principper. Fælles for principperne er, at de beskriver en vis tilknytning mellem en given forbrydelse og det land, som evt. har jurisdiktion. Den folkeretlige tankegang er, at hver stat er suveræn. Det betyder for det første, at staten kan regulere og retsforfølge det, som foregår inden for det pågældende lands territorium, og for det andet, at landene som udgangspunkt ikke må blande sig i, hvad der foregår på andre landes territorium. Territoriet er således udgangspunktet for regulering af borgernes forhold.

Det gælder også i strafferetlig sammenhæng. Udgangspunktet er det såkaldte territorialprincip. Det betyder, at alle kriminaliserede handlinger begået inden for et bestemt lands territorium, giver jurisdiktionskompetence i det pågældende land. Hertil kommer, at territorialprincippet også omfatter handlinger, som har virkning på det pågældende lands territorium. At basere sine strafferetlige jurisdiktionsregler på territorialprincippet er i tråd med folkeretlige principper om staternes suverænitet om ligestilling og om ikkeindblanding i andre landes forhold.

Til territorialprincippet lægges – afhængig af de forskellige landes retsregler – som oftest en række andre principper, som giver det pågældende land jurisdiktion, selvom en given handling ikke er foretaget på landets territorium. Jo flere principper et land indfører, jo mere vidtgående vil landets jurisdiktionskompetence være. I det følgende beskrives med udgangspunkt i disse principper udvidelsen af jurisdiktionskompetencen i de nordiske lande.

3.2. Jurisdiktionskompetencen udvides

For det første har flere af de nordiske lande udvidet deres jurisdiktion ved at udvide anvendelsen af det såkaldte aktive personalitetsprincip. Ifølge dette princip kan et land tage jurisdiktion i tilfælde, hvor dets statsborgere har begået strafbare handlinger i udlandet. Man kan sige, at det som udgangspunkt udgør en vis form for indblanding i, hvad der foregår på et andet lands territorium. For at det ikke skal stride for radikalt mod det folkeretlige udgangspunkt nævnt ovenfor, knyttes der som regel det krav til anvendelse af princippet, at handlingen skal være strafbar i begge lande, såkaldt dobbelt strafbarhed. Den handling, som udføres af f.eks. en dansk statsborger i et fremmed land, skal således tillige være strafbar i det pågældende fremmede land. Ellers er der ikke jurisdiktion i Danmark.

Anvendelsen af det aktive personalitetsprincip er f.eks. i Danmark blevet udvidet ved at udvide kredsen af personer, som anses for tilstrækkeligt tilknyttet til landet til, at de bør være omfattet af det aktive personalitetsprincip. I Danmark blev den allerede relativt brede kreds af personer, dvs. personer med indfødsret eller bosat i den danske stat, i 2008 udvidet til også at omfatte personer med »lignende fast ophold her i landet«. Det omfatter bl.a. studerende på længere studieophold herhjemme og personer, der har ventet gennem længere tid på færdigbehandling af ansøgninger om opholdstilladelse.

For det andet har flere af de nordiske lande udvidet deres jurisdiktionskompetence ved at udvide anvendelsen af det såkaldte passive personalitetsprincip. Princippet går ud på, at et land har jurisdiktionskompetence i tilfælde, hvor en forbrydelse er blevet begået over for personer, som tilhører dette land. I modsætning til det aktive personalitetsprincip, der drejer sig om gerningspersonens tilknytning til Danmark, drejer det passive personalitetsprincip sig altså om ofrets tilknytning til Danmark. For at begrænse anvendelsen af princippet, forbindes også dette derfor i mange lande med et krav om dobbelt strafbarhed. Princippet er imidlertid alligevel omstridt i folkeretten, og mange lande anvender ikke princippet, fordi det i endnu højere grad end det aktive personalitetsprincip anses for en indblanding i, hvad der foregår på andre landes territorium.[1]

Danmark anvender princippet i visse tilfælde, og har endog i et vist omfang opgivet kravet om dobbelt strafbarhed. Det gælder i situationer, hvor

[1] Nogle lande og juriske eksperter afviser princippet som urimeligt, fordi det medfører for stor indblanding i andre landes anliggender. I litteraturen er det endog nogle steder anført, at det passive personalitetsprincip ikke anerkendes i folkeretten som et anknytningspunkt for jurisdiktion, Thilo Marauhn and Sven Simon, »Die völkerrechtlichen Voraussetzungen der Strafgewalt«, in Arndt Sinn (Hg.): *Conflicts of jurisdiction in cross-border crime situations. A comparative law study on international criminal law*, Universitätsverlag Osnabrück, 2012, s. 21-40, s. 31.

både gerningsperson og offer er danske statsborgere (eller har anden tilstrækkelig tilknytning til Danmark). Af forarbejderne til denne lovændring fremgår, at Jurisdiktionsudvalget, der har lavet lovudkastet til de nye regler, ikke kan udelukke, at anvendelse af det passive personalitetsprincip vil kunne stride mod folkeretlige principper:

»I lyset af ovenstående kan det ikke udelukkes, at der ekstraordinært kan opstå situationer, hvor anvendelse af det passive personalprincip i forhold til handlinger, der finder sted ikke blot uden for folkeretligt anerkendt område, men også på en anden stats territorium, vil kunne være vanskeligt foreneligt med folkeretlige principper.«[2]

De nye danske regler er blevet kritiseret af folkeretseksperter.[3]

I Sverige har udvidelser af det passive personalitetsprincip været foreslået i forbindelse med 2002-reformen. Reformen lægger dog ikke op til at opgive kravet om dobbelt strafbarhed. I Norge har det passive personalitetsprincip ikke været en del af jurisdiktionsreglerne. Beskyttelsen af egne statsborgere i udlandet er derfor blevet anset for utilstrækkelig, og princippet er foreslået indført i den nye norske straffelov, der endnu ikke er trådt i kraft. Der er således en klar udvikling i flere af de nordiske lande, som går i retning af inddragelse af det passive personalitetsprincip. Og det sker altså på trods af, at princippet ikke er ukontroversielt set fra et folkeretligt perspektiv.

Ovenfor er nævnt kravet om dobbelt strafbarhed. Det har hidtil været anset for et fundamentalt princip i jurisdiktionssammenhæng. Det går som nævnt ud på, at der alene er jurisdiktion for handlinger foretaget i udlandet, hvis handlingen er strafbar efter begge landes ret. Danmark, Island, Norge og Sverige har opgivet dette krav om dobbelt strafbarhed for en række forbrydelser, herunder vedrørende kvindelig omskæring og visse seksualforbrydelser. Opgivelse af kravet om dobbelt strafbarhed medfører således, at forældre med dansk statsborgerskab eller bosat i Danmark, der får deres pigebarn omskåret i et fremmed land, vil kunne straffes herhjemme, uanset om omskæring er lovligt i det fremmede land. Det betyder også, at personer med tilknytning til Danmark, som har sex med børn under 15 år, kan straffes herhjemme, uanset om den seksuelle lavalder er lavere i det land, hvor de seksuelle handlinger finder sted. En 15-årig dansker, der har sex med en 14-årig i et fremmed land, hvor den seksuelle lavalder er 14 år, kan straffes i Danmark. Man kan måske godt forestille sig, at det fremmede land vil være

[2] Betænkning 1488/2007, s. 182.

[3] Ole Spiermann, »Dansk straffemyndighed i folkeretlig belysning«, U 2007 B, s. 219-228, s. 222 f.

noget uforstående over for et sådant strafansvar. Anklagemyndigheden kan dog vælge ikke at rejse tiltale.

3.3. Et ændret syn på jurisdiktion

Den ovenfor beskrevne tendens kan karakteriseres som en ændret opfattelse af spørgsmålet om jurisdiktion. Man kan sige, at politikere og juridiske eksperter som udgangspunkt for fastsættelse af jurisdiktionsreglerne før i tiden spurgte: Hvorfor skal et land have jurisdiktion for forhold, som begås på andre landes territorium? Og landene var tidligere generelt tilbageholdende med at blande sig i, hvad der foregik på andre landes territorium. Der syntes at have hersket en generel opfattelse af, at der ikke fandtes tilstrækkeligt gode grunde til at tage jurisdiktion over handlinger, der var begået i udlandet (bortset fra nogle ganske få tilfælde af krigsforbrydelser m.v.).

Dette udgangspunkt syntes også at have præget den nordiske strafferetskomité, og de anbefalinger som kom med rapporten 1992:17. Den synes endvidere at være udgangspunktet for en rapport fra Europarådet fra 1990:

»The continuing trend unilaterally to enlarge the scope of application of national criminal law, which has also been stimulated by international conventions, seems to further a development which runs counter to the traditional objectives of public international law [...] It is hoped that this report will make some contribution towards reconsidering this trend.«[4]

Men disse anbefalinger synes ikke at være blevet fulgt. Politikere og flere juridiske eksperter (herunder eksperterne bag betænkning 1488/2007) følger ikke linjen fra rapporten 1992:17 eller Europarådets rapport fra 1990. I stedet synes tankegangen i dag som udgangspunktet at være, at der er mange gode grunde til at tage jurisdiktion i sager, hvor den strafbare handling foretages i udlandet. Der er mange slags forbrydelser, som folk med tilknytning til Danmark ikke må begå i udlandet (uanset om handlingerne er strafbare dér), og danskere skal generelt beskyttes bedre mod handlinger begået uden for Danmark.

Udviklingen i Finland er i den sammenhæng bemærkelsesværdig. Finland har med reformen fra 1996 begrænset sin jurisdiktion, bl.a. via øget krav om dobbelt strafbarhed og begrænsning af det passive personalitetsprincip, som før reformen havde en meget vidtgående anvendelse. I dag finder det passive personalitetsprincip kun anvendelse i Finland, hvis kravet om dobbelt strafbarhed er opfyldt, og den pågældende type kriminalitet kan straffes med mere end 6 måneders fængsel. Denne ændring i finsk ret har været motiveret af frygten for, at de tidligere jurisdiktionsregler kunne komme i konflikt

[4] Council of Europe, *Extraterritorial criminal jurisdiction,* European Committee on Crime Problems, Strasbourg 1990, s. 39.

med andre landes jurisdiktion og suverænitet. Disse hensyn er især interessante i lyset af, at anvendelse af det passive personalitetsprincip generelt anses for at ikke at være helt ukontroversielt og i lyset af, at de mange udvidelser af jurisdiktionskompetencen, f.eks. i Danmark, har været kritiseret af folkeretseksperter.

Et interessant spørgsmål er selvfølgelig også, hvorfor mange af de nordiske (og andre lande) i de senere år har udvidet deres jurisdiktionskompetence. Tendensen er, at jurisdiktion ikke længere begrænses til handlinger begået på det pågældende stats territorium (territorialprincippet), men udvides til at gælde for sager med en vis personel tilknytning til staten, enten fordi gerningsperson eller fordi offer har tilknytning til den pågældende stat. Det er måske globaliseringen og den forøgede mobilitet af personer og varer m.v. på tværs af grænser, som har ført til denne udvikling af jurisdiktionsreglerne. Det er blevet lettere for personer at undgå strafansvar ved at bevæge sig fra land til land, og landene vil sikre sig, at kriminalitet ikke kan betale sig. Globaliseringen forklarer imidlertid ikke, hvorfor landene i stigende grad fraviger kravet om dobbelt strafbarhed. Den finske udvikling viser, at der ikke er noget naturstridigt mellem en begrænset jurisdiktion og en globaliseret verden.

Måske er udvidelse af jurisdiktionsreglerne derfor snarere et udslag af en ny moralsk tendens end et udslag af et påtrængende praktisk behov. Måske er det retsfølelsen, som i de senere år har fået stigende betydning for udformning af strafferetten. Det lader til, at retsfølelsen fører til udvidelse af jurisdiktionsreglerne, så stadig flere forbrydelser opfattes som så universelle og så forkastelige, at mennesker med tilknytning til vort land skal kunne straffes herhjemme for disse handlinger – uanset om det er lovligt i det fremmede land. At den 15-årige pige, der har samleje med en 14-årig dreng i et fremmed land - hvor den seksuelle lavalder er 14 år - skal kunne straffes, når hun kommer hjem til Danmark, er dog svært at forstå. Det er en noget imperialistisk tankegang. Det er også i mange tilfælde vanskeligt at gennemføre en straffesag herhjemme (hvilket måske blot er godt, set fra et folkeretligt perspektiv). Man kan derfor få den tanke, at der er tale om symbollovgivning, hvis primære formål er at markere vore moralske værdier:

»Judging from the replies to the questionnaire with respect to the quantitative application of various forms of extraterritorial criminal jurisdiction, the legislature in many member states may well have overestimated the »tensile force« (the potential) of their national criminal justice systems. Indeed, one wonders to what extent some of the established forms of extraterritorial criminal jurisdiction have no more than symbolic value.«[5]

[5] Council of Europe, *Extraterritorial criminal jurisdiction,* European Committee on Crime Problems, Strasbourg 1990, s. 38 f.

Straffelovgivningens symbolske funktion har i det hele taget vundet større indpas de sidste 10-15 år i dansk straffelovgivning. Det er en tendens, som i forbindelse med nye strafferegler lader hensynet til signalisering af bestemte moralske opfattelser gå forud for kriminalpræventive hensyn eller bekymringer for straffens skadevirkninger.[6]

4. Er jurisdiktionsregler materielle eller processuelle regler?

4.1. De fem landerapporter

Et andet interessant træk, som træder frem ved at studere redegørelserne om jurisdiktionsreglerne fra de fem nordiske lande, er, at reglerne kategoriseres forskelligt. Alle de nordiske lande har anbragt jurisdiktionsreglerne i deres straffelov (i Danmark straffelovens almindelig del). Jurisdiktionsreglerne er således anbragt sammen med de øvrige regler vedrørende den materielle strafferet, herunder betingelserne for strafansvaret. Men det kan ikke på nogen måde sluttes heraf, at reglerne betragtes som en del af den materielle strafferet. Som det fremgår nedenfor, betragtes jurisdiktionsreglerne i flere lande som processuelle regler. Det gælder f.eks. i Sverige, hvor placeringen af reglerne i Brottsbalken skyldes den nære forbindelse mellem disse regler og spørgsmålet, hvilke materielle strafferegler, der skal finde anvendelse i en given sag. Der kan altså ikke udledes noget om jurisdiktionsreglernes karakter af denne placering.

Det forhold, at jurisdiktionsreglerne i nogle nordiske lande regnes for en del af den materielle strafferet, mens de i andre lande regnes for processuelle regler, er udtryk for forskelligt syn på reglerne. Spørgsmålet er, om det får konsekvenser for retstilstanden, f.eks. ved spørgsmålet, om en sag skal afvises på grund af manglende jurisdiktion (det vil typisk være tilfældet, hvis reglerne opfattes som processuelle), eller om der skal ske frifindelse (hvilket typisk vil være tilfældet, hvis reglerne opfattes som materielle). I det følgende gives først en kort opsummering af, hvordan reglerne kategoriseres i hvert af de nordiske lande.

I Danmark synes den dominerende opfattelse blandt strafferetsforskere at være, at jurisdiktionsreglerne skal opfattes som en del af straffeprocessen og altså ikke som en del af den materielle strafferet.[7] Enkelte forfattere har dog givet udtryk for, at reglerne skal opfattes som en kombination af processuel

[6] Se nærmere Thomas Elholm, »Rimer signal på kriminal? – Om symbol- og signallovgivning i dansk kriminalpolitisk perspektiv«, Festskrift till Per Ole Träskman, Norstedts Juridik, 2011, s. 166-178.

[7] Se Vagn Greve m.fl., *Kommenteret Straffelov, Alm. Del.*, 10. udg., København 2013, s. 150 ff.; *Vagn Greve*, Det strafferetlige ansvar, 2. udg., København, 2004, s. 105 ff.; Betænkning Nr. 1488/2007 om dansk straffemyndighed, København 2007, s. 26 f.; *Knud Waaben*, Strafferettens almindelige del, I. Ansvarslæren, 5. udg., ved Lars Bo Langsted, København 2011, s. 259.

og materiel strafferet.[8] I straffesager, hvor retten finder, at der ikke foreligger jurisdiktion, sker der i nogle tilfælde afvisning af sagen (hvilket antyder, at reglerne betragtes som processuelle), men i andre tilfælde sker frifindelse, (hvilket antyder, at reglerne betragtes som materiel strafferet og altså en forudsætning for strafskyld).

I Finland er den herskende opfattelse (med visse undtagelser), at jurisdiktionsreglerne er en del af den materielle strafferet. Hvis der ikke er jurisdiktion, frifindes den tiltalte; der har ikke fundet en strafbar handling sted. Der er nogle få undtagelser til dette udgangspunkt.[9]

I Island gives der i litteraturen ikke klart udtryk for, om reglerne opfattes som processuelle eller materielle, og det er ikke ganske klart, om manglende jurisdiktion fører til frifindelse eller afvisning af en sag. Måden, hvorpå jurisdiktionsreglerne omtales på i litteraturen, synes dog at antyde, at reglerne opfattes som materielle, og at manglende jurisdiktion formentlig bør føre til frifindelse.[10]

I Norge er det ligeledes uklart, om jurisdiktionsreglerne tilhører straffeprocessen eller den materielle strafferet. De synes dog hovedsageligt at blive betragtet som materielle regler i litteraturen, og dette synspunkt lader til at være i tråd med den seneste praksis fra norsk højesteret. Ældre højesteretsretspraksis afviger dog herfra. Manglende jurisdiktion fører således i dag til frifindelse og ikke til afvisning af sagen.[11]

I Sverige er situationen klar; reglerne betragtes som processuelle. Der er derfor heller ikke tvivl om, at manglende jurisdiktion fører til afvisning af en sag, ikke til frifindelse.[12]

Summa summarum: I alle nordiske lande findes jurisdiktionsreglerne i straffeloven. Heraf kan dog ikke sluttes noget om reglernes karakter af materielle eller processuelle regler. Hvis man ser bort fra Sverige (og måske Finland), er det mere eller mindre uklart, om jurisdiktionsreglerne skal betragtes som en del af den materielle strafferet eller som en del af straffeprocessen. Det er i sig selv interessant, at der hersker en sådan usikkerhed; ikke mindst fordi usikkerheden synes at få følger for retspraksis. I nogle lande,

[8] *Gorm Toftegaard Nielsen*, Strafferet I, Ansvaret, 4. udg., København 2013, s. 303 ff.; *Per Ole Träskman*, »In dubio, pro Dania«, Några reflexioner över dansk straffrättslig jurisdiktion, in: Thomas Elholm m.fl. (red.), Ikke kun straf, Festskrift til Vagn Greve, København 2008, s. 563-590 (566 ff.).

[9] Se nærmere den finske landerapport af Annika Suominen, »Danmark«, i T. Elholm og B. Feldtmann: *Jurisdiction in the Nordic Countries*, København 2013 (under trykning).

[10] Se nærmere den islandske landerapport af Ragnheidur Bragadottir, »Island«, i T. Elholm og B. Feldtmann: *Jurisdiction in the Nordic Countries*, København 2013 (under trykning).

[11] Se nærmere den norske landerapport af Annika Suominen, »Norge«, i T. Elholm og B. Feldtmann: *Jurisdiction in the Nordic Countries*, København 2013 (under trykning).

[12] Se nærmere den svenske landerapport af Karin Cornils, »Sverige«, i T. Elholm og B. Feldtmann: *Jurisdiction in the Nordic Countries*, København 2013 (under trykning).

som f.eks. Danmark og Norge, kan der i hvert fald iagttages en uensartet retspraksis vedrørende spørgsmålet, om manglende jurisdiktion fører til frifindelse eller afvisning af en sag. Samlet set synes reglerne dog overvejende at blive betragtet som en del af den materielle strafferet i Island, Finland og Norge, mens den fremherskende holdning i Danmark formentlig er, at reglerne er processuelle. Danmark ligger dermed tættest på Sverige, hvor jurisdiktionsreglerne utvivlsomt er processuelle, og hvor mangel på jurisdiktion utvivlsomt fører til afvisning af sagen.

4.2. Jurisdiktionsregler og legalitetsprincippet

Det strafferetlige legalitetsprincip gælder for de materielle strafferetlige regler. Det betyder, at der stilles krav til strafferegernes formulering, der ideelt set skal være klare, præcise og utvetydige. Det strafferetlige legalitetsprincip antages imidlertid ikke at gælde (i hvert fald ikke på samme måde og med samme styrke) for straffeprocessuelle regler. Spørgsmålet er derfor, om det spiller en rolle, hvorvidt et land anser reglerne for processuelle eller materielle. Man kunne forestille sig, at de lande, hvor reglerne betragtes som materielle, var mere opmærksomme på legalitetsprincippets krav. Man kunne også forestille sig, at de til dels brede og upræcise bestemmelser i f.eks. danske jurisdiktionsregler, hvor man overlader til anklagemyndigheden at sørge for, at reglernes anvendelse ikke kommer (for meget) i strid med folkeretten, kunne forklares ved, at reglerne blev anset for processuelle, hvorfor legalitetsprincippet var trængt i baggrunden.[13]

Det er svært at udlede noget sikkert svar på disse spørgsmål. Det skyldes ikke mindst, at de fleste lande som regel har strafferegler (særligt i specialstrafferetten), som ikke lever op til idealforestillinger om legalitetsprincippets krav om klarhed og præcision. Der findes således i forvejen mange eksempler på materielle strafferegler, der ideelt set ikke lever fuldt op til legalitetsprincippet.

Det er værd at bemærke, at f.eks. et land som Norge, der anser jurisdiktionsreglerne for en del af den materielle strafferet, åbenlyst tilkendegiver, at visse af reglerne er bredt formuleret.[14] På den anden side er det værd at bemærke, at de svenske jurisdiktionsregler og lovforarbejder giver indtryk af, at Sverige tilstræber en høj grad af klarhed og præcision.

[13] Reformen af de danske jurisdiktionsregler fra 2008, som altså førte til en markant udvidelse af dansk jurisdiktion ved handlinger begået i udlandet, har som nævnt været kritiseret for at stride mod folkeretlige principper. Ifølge § 12 i straffeloven skal jurisdiktionsreglerne fortolkes i lyset af Danmarks folkeretlige forpligtelser. Dermed er grænsedragningen mellem folkeretten og de vidtgående danske regler dog ikke afklaret. Se Vagn Greve m.fl., *Kommenteret Straffelov, Alm. Del.*, 10. udg., København 2013, s. 202 ff.

[14] Det nævnes udtrykkeligt i de norske forarbejder til nye jurisdiktionsregler, Ot.prp. nr. 90, 2003-2004, p. 404.

Samlet set må konklusionen derfor være, at lande, som anser jurisdiktionsreglerne for processuelle (naturligvis) udmærket kan tilstræbe klarhed og præcision, mens lande, der anser reglerne for materielle, udmærket kan finde på at formulere bredere og ikke helt præcise regler. Men den forsvarsadvokat, som vil påberåbe sig legalitetsprincippet, må alt andet lige have det lettere i lande, hvor reglerne betragtes som materielle.

Et andet spørgsmål, som hænger sammen med legalitetsprincippet, er muligheden for vedtagelse af regler med tilbagevirkende kraft. Udgangspunktet må være, at i lande, hvor reglerne betragtes som materielle, er tilbagevirkende kraft udelukket, mens jurisdiktionsregler med tilbagevirkende kraft ikke er udelukket i lande, hvor reglerne betragtes som processuelle. Det er interessant, at der i betænkning 1488/2007 om jurisdiktion i Danmark ikke findes overvejelser om dette. Det kan enten betyde, at lovgiver har anset det for unødvendigt, fordi forbuddet mod tilbagevirkende kraft i strl. § 3 afskærer sådan anvendelse, eller det kan skyldes, at man ikke har tænkt på det eller ikke inddraget det, fordi man har anset det for processuelle regler og derfor uproblematisk med tilbagevirkende kraft. Hvis sidstnævnte er tilfældet – dvs. tilbagevirkende kraft er ikke udelukket – er der reelt tale om en udvidet kriminalisering. Før lovændringen i 2006 var det således ikke muligt at straffe en person med dansk statsborgerskab, som begik visse seksuelle handlinger mod børn i udlandet, hvis disse handlinger var lovlige i det pågældende land.[15] I lovforslaget, der er udarbejdet på baggrund af betænkning nr. 1488/2007, har man løst problemet ved at lade forudsigeligheden være afgørende.

»Det må afgøres efter almindelige principper, i hvilket omfang de foreslåede lovændringer vil kunne anvendes, hvis det pågældende forhold er begået inden lovens ikrafttræden. Det kan bl.a. ikke antages at være i strid med disse principper at anvende en udvidet straffemyndighed i tilfælde, hvor det pågældende forhold var strafbart både i gerningslandet og i Danmark på gerningstidspunktet.«[16]

Det er for så vidt en rimelig løsning, der tager højde for det afgørende problem ved nykriminaliseringen, nemlig det grundlæggende retsstatslige krav om, at borgerne skal have en rimelig mulighed for at kunne forudsige, hvad der er strafbart og straffrit. Dermed tages højde for borgernes retssikkerhed, legalitetsprincippet og internationale menneskeretlige forpligtelser. Men som det fremgår af citatet ovenfor, står det dog ikke læseren helt klart,

[15] Lov nr. 540 af 8. juni 2006, jf. lovforslag nr. 200 af 29. marts 2006, FT 2005/1.

[16] Bemærkninger til § 8, jf. lovforslag nr. 16 af 28. november 2007, FT 2007/2. Vedtaget som lov nr. 490 af 17. juni 2008.

hvornår der kan straffes med tilbagevirkende kraft. Og tilbagevirkende kraft er ikke ganske udelukket.

5. Afslutning

Jurisdiktionsspørgsmål og jurisdiktionsregler har påkaldt sig stadig større opmærksomhed de seneste år, både fra forskere og politikere. Det skyldes givetvis globaliseringstendensen og den moderne teknologi. Mennesker bevæger sig i stigende omfang på tværs af grænser og handlinger på internettet får potentielt set betydning i hele verden.

Ovenfor er formidlet nogle af de fund og analyser, som indgår i den nordiske jurisdiktionsundersøgelse. Der findes en række andre interessante aspekter, f.eks. forholdet mellem jurisdiktionsreglerne og moderne internetbaseret kriminalitet, som man kan læse mere om i undersøgelsen.

Pensionsret
– nyt forsknings- og undervisningsområde på Syddansk Universitet

af

Lisbeth Faurdal

Formålet med artiklen er at redegøre for baggrunden for og formålet med forskning i pensionsret og at udbyde et fag i pensionsret på Syddansk Universitet (SDU).

Pensionsområdet har, i de senere år, fået langt større opmærksomhed i offentligheden end tidligere, og det er en tendens, der vil fortsætte. Hovedårsagerne er, at pensionsområdet handler om mange penge, og at området har stor betydning for borgere, pensionsinstitutter, kapitalmarkedet og samfundsøkonomien, og dermed for den nuværende velfærdsmodel. Betydningen af pensionsordninger for aktører på pensionsmarkedet og for samfundsøkonomien afspejles i et stort behov på arbejdsmarkedet for personer med viden om pensionsret på generalist- og specialistniveau, og for undervisning og forskning inden for pensionsområdet.

På universitetsniveau er pensionsretten i de seneste 5-10 år blevet fremstillet og behandlet som et selvstændigt forskningsområde på Københavns Universitet (KU) og på Copenhagen Business School (CBS), hvor der første gang blev udbudt fag i pensionsret i henholdsvis 2008 og 2009. Forskning inden for pensionsret hører under et af SDU, Juridisk Instituts fokusområder: Regulering af finansiel virksomhed og aktivitet. I tilknytning til instituttets forskning i pensionsret forventes det, at der udbydes et fag i pensionsret i forårssemestret 2014.

1. Indledning

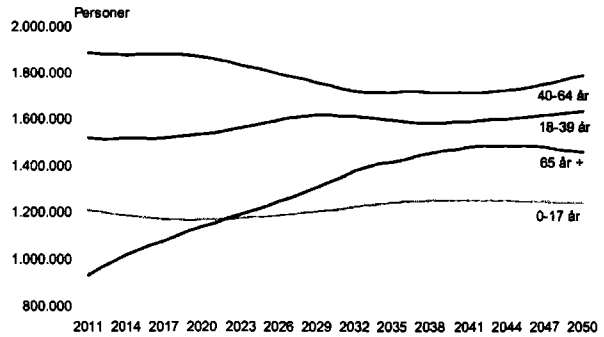
Hver dag er der nye historier om pensionsområdet i medierne. Skiftende regeringer nedsætter udvalg, råd og kommissioner, der f.eks. skal vurdere den danske velfærdsmodels bæredygtighed, hvor de offentlige pensionsydelser er en central del. Velfærdsydelserne er under pres, både på grund af den nuværende samfundsøkonomiske situation og på grund af udsigten til, at antallet af pensionister, set i forhold til den erhvervsaktive befolkning, vil stige voldsomt i de kommende år, jf. figur 1. Folketinget har bl.a. derfor løbende ændret reguleringen på området. Folkepensionsalderen er blevet hævet, efterlønsordningen er blevet forringet, og skattefradragsreglerne for pensionsordninger er blevet begrænset adskillige gange inden for de seneste år. Der

er tale om regelændringer, der ikke er gået upåagtet hen. Ændringerne har givet anledning til spørgsmål, diskussioner samt artikler i aviser og tidsskrifter. Hertil kommer, at pensionsinstitutternes forhold og adfærd i øvrigt over for kunder omtales og kritiseres næsten dagligt i medierne. At det er tilfældet, er der mange gode grunde til, herunder bl.a. den økonomiske betydning, området har for aktørerne og for samfundsøkonomien.

Den samlede, opsparingsbaserede pensionsformue er i Danmark vokset kraftigt i de sidste 20 år. Formuen var ved udgangen af 2012: 2.883 mia. kr.[1], der administreres og forvaltes af pensionsinstitutterne, der udgøres af forsikringsselskaber, pengeinstitutter, ATP, Lønmodtagernes Dyrtidsfond og firmapensionskasser. Hertil kommer de offentlige pensionsudbetalinger, der administreres af staten og finansieres via de løbende skatteindbetalinger.

Stigningen i den opsparingsbaserede pensionsformue antages at skyldes et ønske i befolkningen om at bevare den levestandard, den enkelte har haft som erhvervsaktiv. Hertil kommer, at udviklingen af den danske velfærdsmodel peger i retning af færre og mindre offentlige pensionsydelser, hvilket antages at have haft en ekstra motiverende faktor til at øge pensionsopsparingen i de senere år. En opsparing, som har været begunstiget af skattesubsidier siden 1922, hvilket utvivlsomt også har været medvirkende til den forholdsvis store private pensionsopsparing, vi har i Danmark. Tendensen går klart i retning af en privatisering af forsørgelsen i pensionistlivet. Udviklingen medvirker til, at der fra borgere, interesseorganisationer, politikere og medier stilles krav til og rejses kritik af offentlige pensionsydelser, reguleringen af de opsparingsbaserede pensionsordninger og de pensionsinstitutter, der administrerer og forvalter den opsparingsbaserede pensionsformue.

Fig. 1. Den ventede stigning i befolkningen af ældre 2011-2050: Aldersgruppers udvikling



Kilde: Danmarks Statistik.[2]

[1] Finanstilsynets rapport om markedsudviklingen i 2012 for livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser.

[2] Danmarks Statistik, Befolkningsfremskrivninger 2011-2050, nr. 205 af 4. maj 2011.

Figuren viser den forventede udvikling i alderssammensætningen i Danmark for perioden 2011–2050. Antallet af personer, der er fyldt 65 år, forventes at stige fra 934.000 i 2011 til 1.491.000 personer i 2044, dvs. en stigning på 557.000 personer, eller 57 pct. flere, der er fyldt 65 år end i 2011. I årene fra 2044 og frem mod 2050 forventes det, at antallet af personer, der er fyldt 65 år, falder til 1.462.000 personer. Til gengæld forventes der en reduktion i den store gruppe af 40-64-årige på 5 pct., mens der er stigninger blandt 0-17-årige på 3 pct. og 18-39-årige på 8 pct.

2. Pensionsretten og pensionssystemet i Danmark

Pensionsretten omhandler de retsregler, der har betydning for pensionssystemet i Danmark, og behandler juridiske og økonomiske spørgsmål, der knytter sig til pensionsretlige problemstillinger. Regulering af pensionsordninger har sit udgangspunkt i de økonomiske behov og interesser, samfundet og aktørerne i pensionssystemet har, herunder betydningen for den enkelte borger, pensionsinstitutterne, der udbyder pensionsordningerne, kapitalmarkedet og samfundsøkonomien. Det er derfor både naturligt og nødvendigt at inddrage økonomiske spørgsmål for at kunne foretage en kvalificeret vurdering af de retlige spørgsmål i pensionsretten, herunder ved løsning af pensionsretlige tvister og vurderingen af, om reguleringen er hensigtsmæssig.

Aktørerne i pensionsretten er bl.a. det offentlige, herunder stat og kommuner, samt Finanstilsynet, der fører tilsyn med pensionsinstitutterne. Aktørerne er desuden personer, der modtager offentlige pensionsydelser, aftaleparterne i pensionsaftaler, herunder pensionsinstituttet og kunden, samt forskellige tredjemænd, f.eks. pensionskundens kreditorer, de begunstigede i pensionsordningerne og pensionskundens arvinger. Dertil kommer faglige organisationer og arbejdsgivere, der er aktører i forbindelse med pensionsordninger tilknyttet ansættelsesforhold.

Pensionssystemer beskrives både internationalt og i dansk teori ofte ved hjælp af tre søjler, jf. tabel 1. Søjle 1 er offentlige lovbestemte pensioner, der finansieres via de offentlige finanser, og hvis formål er at sikre en basal indkomst for pensionister. Søjle 2 består i Danmark af obligatoriske opsparingsbaserede pensionsordninger tilknyttet ansættelsesforhold, aftalt ved kollektive overenskomster eller på den enkelte virksomhed, som skal sikre en supplerende pensionsindkomst og en rimelig dækningsgrad. Søjle 3 er opsparingsbaserede frivillige pensionsordninger, der supplerer pensionsydelser fra søjle 1 og søjle 2.

Tabel 1: Det danske pensionssystems indretning[3]

	Søjle 1 **Statslige/offentlige og lovbaserede pensioner**	**Søjle 2** **Pensioner tilknyttet ansættelsesforhold**	**Søjle 3** **Privattegnede (individuelle) pensionsordninger**
Grundlag	Lovbaserede	Overenskomstbaserede	Aftalebaserede
Formål	Sikring af basal indkomst	Supplerende indkomst til sikring af rimelig dækningsgrad	Individuel tilpasning af dækningsgrad og ydelsesmønster
Ordninger	Folkepension, førtidspension, ATP, SAP, efterløn og tjenestemandspension	Arbejdsmarkedspension (AMP)	Individuel pensionsforsikring og pensionsopsparing
Finansiering	*Hovedregel*: Her-og-nu finansieret via offentlige finanser *Undtagelser*: ATP der som hovedregel er opsparingsbaseret og Efterløn/SAP/SUPP der er en kombination af opsparingsbaseret og offentligt finansieret	Opsparingsbaseret	Opsparingsbaseret

3. Pensionsopsparing

3.1. Pension – en af de største privatøkonomiske investeringer i livet

Opsparing/forsikring til alderspension påbegyndes af de fleste i 20-25 års alderen i forbindelse med den første faste ansættelse ved, at arbejdsgiver

[3] De lovbestemte ordningers placering i søjle 1 eller 2 varierer i forskellige fremstillinger af det danske pensionssystem, da nogle af ordningerne har elementer fra både søjle 1 og 2. Det gælder f.eks. tjenestemandspensionen, der er en pensionsordning for offentligt ansatte tjenestemænd, dvs. i princippet en søjle 2-ordning, men ordningen er samtidig lovbestemt og finansieres via de løbende skatter ligesom søjle 1-ordninger. Se andre fremstillinger af det danske pensionssystem »National strategirapport om det danske pensionssystem 2005«, afsnit 2,2., tabel 2.1. udarbejdet af Finansministeriet, Økonomi- og Erhvervsministeriet, Beskæftigelsesministeriet og Socialministeriet. Se også Anders Grosen: »Det danske pensionssystem under forandring« i Finans/Invest 1/06.

indbetaler en del af lønnen for den ansatte til en pensionsordning i et pensionsinstitut. Indbetalingens størrelse er typisk fra 12-20 pct. af bruttolønnen. Størrelsen af indbetalingen (pensionsbidraget) og rammevilkårene for pensionsordningerne er oftest aftalt ved kollektive overenskomster eller ved lokale overenskomster på den enkelte virksomhed, men kan også være aftalt individuelt. Ud over indbetalingen til en pensionsordning tilknyttet arbejdet indbetaler en andel af borgerne til frivillige private pensionsordninger i pengeinstitutter og forsikringsselskaber for at nedsætte deres skattepligtige indkomst og for at supplere arbejdsmarkedspensionsordningen. Den samlede indbetaling til pension er investering af penge til eventuelt senere forbrug og udgør i dag en af de største privatøkonomiske investeringer i en persons liv. En ikke helt uvæsentlig grund til den voksende interesse for området.

Stigningen i pensionsformuen i Danmark gennem de seneste 20-25 år skyldes bl.a., at en lang række faggrupper på arbejdsmarkedet, siden 1990, er blevet omfattet af en obligatorisk arbejdsmarkedspension aftalt via kollektive overenskomster eller lokalt på arbejdspladsen, og at den private frivillige pensionsopsparing i samme periode er steget voldsomt. Selv om det er tilfældet, viser flere undersøgelser, at den opsparede pensionsformue ikke er tilstrækkelig til at sikre alle borgere en rimelig levestandard, når de går på pension i de kommende år. I relation hertil er der behov for at vurdere, hvorvidt det nuværende pensionssystem er hensigtsmæssigt indrettet og bæredygtigt nu og i fremtiden. Centralt i vurderingen heraf indgår, om den nuværende regulering er hensigtsmæssig.

Ifølge »National Strategirapport fra 2005 om det danske pensionssystem« var andelen af personer, der havde en arbejdsmarkedspensionsordning omkring 90 pct.[4] Det er imidlertid ikke nok at have en arbejdsmarkedspensionsordning. Det afgørende, for den enkelte, er, hvad der er indbetalt til ordningen. Det afhænger bl.a. af, om personen har været fast tilknyttet til arbejdsmarkedet, hvilken faggruppe personen tilhører, hvor længe denne faggruppe har haft en overenskomst indeholdende et obligatorisk pensionsbidrag og størrelsen af pensionsbidraget. Personer, der f.eks. tilhører faggrupper som bank- og forsikringsuddannede, offentligt ansatte læger, sygeplejersker, sygehjælpere, civilingeniører, magistre, jurister og økonomer har alle haft aftaler om indbetaling af obligatorisk pensionsbidrag til en pensionskasse i mere end 50 år, hvorimod mange andre faggrupper først blev omfattet af en arbejdsmarkedspensionsordning fra slutningen af 1980'erne eller starten af 1990'erne, og hvor pensionsbidraget startede med 0,9 pct. af lønnen.[5] Det betyder, at personer fra disse faggrupper, der skal på pension i de

[4] National strategirapport om det danske pensionssystem 2005, afsnit 3.1.2.

[5] Se om trepartsaftalen mellem regeringen og arbejdsmarkedets parter om arbejdsmarkedspensioner fra 1987: Niels Ploug: »Fra statspension for de værdigt trængende – til arbejdsmarkedspension for alle« s. 130 f. i »Den Danske Velfærdsstats Historie – Antologi« – So-

kommende år, kun har en mindre opsparing på deres arbejdsmarkedspensionsordning, hvilket næppe vil kunne opfylde de fleste borgeres opfattelse af, hvad en »rimelig« dækningsgrad i hele pensionsperioden er, også selvom der i dag, ifølge de fleste kollektive overenskomster, indbetales 12 pct. eller mere i pensionsbidrag.[6] For at opnå en bare nogenlunde tilfredsstillende dækningsgrad vil der for de fleste være behov for indbetaling i 40-50 år af et pensionsbidrag på 12-20 pct. af lønnen til en arbejdsmarkedspension ud fra de nuværende offentlige pensionsydelser. Ønsker borgeren at bevare en uændret levestandard i pensionsperioden, vil der her ud over være behov for supplerende pensionsopsparing.

Af Velfærdskommissionens analyserapport fra 2006 fremgår, at 30 pct. af de 25-64-årige, dvs. ca. 900.000 personer, havde indbetalt mindre end 6.000 kr. årligt til opsparingsbaserede pensionsordninger. Ca. 700.000 af disse personer var på overførselsindkomst, 80.000 var hjemmegående, og 120.000 var beskæftigede. Endvidere var der 43 pct. af de beskæftigede personer mellem 25-64 år, dvs. ca. 500.000 af de beskæftigede, der indbetalte mindre end, hvad der svarer til 9 pct. af 200.000 kr. Det fremgår endvidere af rapporten, at ud af de 60-65-årige er det godt halvdelen, der har en pensionsformue på mindre end 500.000 kr. Da pensionsformuen er en før-skatformue, og udbetalingerne skal fordeles over den forventede restlevetid for en 65-årig, hvis nuværende dødelighed er 17-18 år, er der tale om en begrænset årlig pensionsudbetaling for denne gruppe. Hertil kommer, at der i 2003 var ca. 25 pct. af de 65-årige, der stort set ikke havde pensionsdækning fra opsparingsbaserede pensioner.[7]

---

cialforskningsinstituttet, Niels Ploug, Ingrid Henriksen og Niels Kærgård (red.) (2004), samt Jesper Due og Jørgen Steen Madsen: »Fra magtkamp til konsensus – Arbejdsmarkedspensionerne og den danske model« (2003) s. 137.

[6] I National strategirapport om det danske pensionssystem 2005, afsnit 3.1.2. defineres en »rimelig dækningsgrad«, som: »En dækningsgrad ved overgang til pension, der sikrer en rimelig grad af kontinuitet i deres levevilkår«. I rapporten fortolkes »rimelig« ikke nærmere. Hvad en »rimelig« dækningsgrad er, må afhænge af, hvilke krav, mål og ønsker, man opstiller for dækningsgraden. Der vil derfor utvivlsomt være forskel på den enkelte persons individuelle ønsker til dækningsgrad og de af samfundet opstillede mål for f.eks. en gennemsnitlig dækningsgrad enten for befolkningen som helhed, eller for forskellige indkomstgrupper.

[7] Velfærdskommissionens Analyserapport januar 2006 »Fremtidens velfærd – vores valg«, kap. 5.4.1. Se følgende artikler fra ATP i »Faktum« om persongrupper uden eller med minimal pensionsopsparing på ATP.dk: »Hver anden selvstændig glemmer pensionen«: nr. 101, februar 2012, »Ansatte uden pensionsordninger sparer heller ikke op frivilligt«: Nr. 42, marts 2007, »Kvart million fastansatte uden pensionsordning«, nr. 40, januar 2007, »Små virksomheder mangler pensionsordninger«: nr. 45, juni 2007.

4. Udviklingen i pensionsret

4.1. Udviklingen stiller krav til forskning og undervisning i pensionsret

Behovet for og betydningen af pensionsordninger for aktørerne på pensionsmarkedet og for samfundsøkonomien afspejles i et stort behov på arbejdsmarkedet for personer med viden om pensionsret på generalist- og specialistniveau og for undervisning og forskning inden for pensionsområdet.

På universitetsniveau har forskning og undervisning inden for pensionsområdet i en lang årrække hovedsageligt været koncentreret om de økonomiske aspekter af pensionssystemet og pensionsordninger, hvilket er blevet glimrende varetaget af professorer og lektorer på de økonomiske fakulteter.

Derimod er undervisning i regulering af de opsparingsbaserede pensionsordninger indtil for fem år siden hovedsageligt blevet varetaget af Forsikringsakademiet, Finansektorens Uddannelsescenter og andre private aktører, der hovedsageligt udbyder undervisning til ansatte i finanssektoren.

På universitetsniveau er pensionsretten først inden for de seneste 5-10 år blevet fremstillet og behandlet som et selvstændigt forskningsområde på Copenhagen Business School (CBS) og på Københavns Universitet (KU). Der blev i henholdsvis 2008 og 2009 for første gang udbudt fag i pensionsret på KU og på CBS, og der er løbende i de sidste 10 år fra forskere herfra udgivet en række juridiske bøger og artikler på området, der har bidraget til at belyse nogle af de mange problemstillinger, pensionssystemet i Danmark giver anledning til. Der er fortsat mange problemstillinger, der ikke er behandlet. Retspraksis på området er enten ikke eksisterende eller begrænset. Det medfører behov for yderligere forskning inden for pensionsretten. Hertil kommer behovet for at forholde sig kritisk til den eksisterende regulering og til forslag til ændring af reguleringen fra Folketing og EU, med henblik på at kunne foreslå og diskutere ændringer på basis af forskning på området. Pensionsretlige spørgsmål har stor samfundsmæssig betydning, hvilket vil være stigende i fremtiden, og der er basis for, at pensionsområdet forskningsmæssigt vil vokse i de kommende år. Det er ikke urealistisk, at området inden for en overskuelig årrække vil blive inddraget i de obligatoriske fag for jurastuderende.

5. Regulering af pensionssystemet

De offentlige pensioner, folkepension og førtidspension, er reguleret i lov om social pension.[8] De opsparingsbaserede pensionsordninger, der ikke er lovbestemte, er reguleret af en omfattende særregulering. Pensionsinstitutterne, der administrerer og forvalter den opsparingsbaserede pensionsformue, er omfattet af offentligretlige regler i lov om finansiel virksomhed

[8] Lovbekendtgørelse nr. 1005 af 19. august 2010 af lov om social pension, med senere ændringer.

(FIL).[9] Pensionsordninger er underlagt særlige skatteregler i pensionsbeskatningsloven (PBL)[10] og pensionsafkastbeskatningsloven (PAL)[11]. Retsforholdet mellem pensionsinstitutter og pensionskunder er omfattet af civilretlige særregler i forsikringsaftaleloven (FAL)[12] og i pensionsopsparingsloven (POL).[13] Desuden findes særregler i lov om ægteskabets retsvirkninger §§ 16a-16h om pensionsrettigheders deling mellem ægtefæller i forbindelse med bodeling.[14] Ud over særlovgivningen finder lovgivningens almindelige regler og retsgrundsætninger anvendelse, hvor disse regler ikke er i strid med særreglerne. Området er endvidere karakteriseret ved, at særlovgivning på en række andre retsområder kan have betydning for aktørernes retsstilling. Det drejer sig bl.a. om arvelovgivningen og de forenings- og arbejdsretlige regler. Hertil kommer reglernes sammenhæng med økonomiske spørgsmål.

Retspraksis på pensionsområdet viser, at retstvister mellem et pensionsinstitut og en kunde ofte ikke kan løses uden at inddrage både særregler og almindelige retsregler, herunder civilretlige og offentligretlige regler samt regler fra andre retsområder. Det er derfor nødvendigt at have kendskab til de forskellige retsregler, når man beskæftiger sig med problemstillinger inden for pensionsretten.

5.1. Reguleringen i lov om finansiel virksomhed

Hovedparten af reglerne i FIL vedrører selskabernes økonomisk forhold. Hertil kommer regler, der regulerer virksomhedernes ledelse og organisation, samt regler om virksomhedernes adfærd, information og aftaler med kunder. Baggrunden for reguleringen af pensionsinstitutterne i lov om finansiel virksomhed er, at det er helt afgørende for borgernes lyst til at spare op til pensionslivet, at den enkelte borger, og samfundet som helhed, har tillid til, at pensionsinstitutterne kan opfylde deres forpligtelser over for kunderne. Det samme gælder for pensionsinstitutternes adfærd i øvrigt. Samfundsøkonomisk er det af stor betydning, at befolkningen selv sparer op til at supplere den offentlige alderspension, så de ældre opnår en rimelig dæk-

[9] Lovbekendtgørelse nr. 948 af lov om finansiel virksomhed af 2. juli 2013.

[10] Lovbekendtgørelse nr. 586 af lov om beskatning af pensionsordninger m.v. af 24. maj 2013.

[11] Lovbekendtgørelse nr. 170 af pensionsafkastbeskatningsloven af 22. februar 2011 med senere ændringer.

[12] Lovbekendtgørelse nr. 999 om forsikringsaftaler af 5. oktober 2006 med senere ændringer.

[13] Lov nr. 293 af 24. april 1996 om visse civilretlige forhold m.v. ved pensionsopsparing i pengeinstitutter med senere ændringer.

[14] Reglerne blev vedtaget ved lov nr. 483 af 7. juni 2006 om pensionsrettigheders behandling ved død samt separation og skilsmisse, og loven trådte i kraft den 1. januar 2007.

ningsgrad i hele pensionsperioden, da det ellers må antages at være de offentlige finanser, der skal bære udgifterne. Pensionsinstitutterne varetager derfor en vigtig samfundsopgave, hvilket er hovedårsagen til, at de er omfattet af den omfattende særregulering i lov om finansiel virksomhed.

For så vidt angår hovedparten af den opsparingsbaserede pensionsformue er det pensionsinstitutterne, der bestemmer, hvordan midlerne skal investeres. Pensionsinstitutternes investeringsadfærd på kapitalmarkedet har derfor både stor betydning for den enkelte pensionskunde og stor samfundsøkonomisk betydning. Af den grund er der i lov om finansiel virksomhed opstillet en række regler for anbringelse af forsikringsselskabers og pensionskassers midler og for virksomhedernes likviditet.[15] Ligeledes er der opstillet krav til virksomhedernes kapitalforhold, med henblik på at sikre, at de kan opfylde deres forpligtelser over for deres kunder.[16]

Til illustration af den samfundsøkonomiske betydning af pensionsinstitutternes investeringer og kapitalforhold og reguleringen heraf kan henvises til situationen i 2008, hvor pensionsinstitutternes aktieandel var forholdsvis høj, og hvor aktierne begyndte at falde. Aktiefaldet medførte, at afkastet på pensionsinstitutternes investeringer gav store underskud, og pensionsinstitutternes egenkapital faldt tilsvarende, da målingen er baseret på markedsværdier. Samtidig var renten på realkreditobligationer i efteråret 2008 steget markant. For pensionsinstitutterne, der traditionelt har placeret en stor andel af aktiverne i realkreditobligationer, havde stigningen i renten den betydning, at de var tæt på at være nødsaget til at realisere en andel af deres realkreditobligationer for at kunne overholde lovgivningens krav. Baggrunden herfor var den måde, som diskonteringsrenten, der ifølge reglerne anvendes ved beregning af de forsikringsmæssige hensættelser, blev fastsat. For at hindre, at krisen for pensionsinstitutterne blev øget yderligere, blev der indgået en aftale mellem Økonomi- og Erhvervsministeriet og Forsikring & Pension om finansiel stabilitet på pensionsområdet den 31. oktober 2008. Et af elementerne i aftalen var, at diskonteringsrenten, som tidligere bl.a. var

[15] Se om reglerne i FIL §§ 158-169. Ifølge FIL § 158, skal de midler, selskabet råder over, investeres på en hensigtsmæssig og for de forsikrede tjenlig måde, så der er betryggende sikkerhed for, at selskabet til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser. Ifølge FIL § 159, skal forsikringsselskaber og pensionskasser have aktiver, hvis samlede værdi til enhver tid mindst svarer til værdien af selskabets samlede forsikringsmæssige hensættelser. I § 162 fremgår hvilke aktivtyper, der kan indgå i opgørelsen. Med hensyn til aktivsammensætningen, kan selskabets samlede investeringer i såkaldte ikke-guldrandede aktiver, herunder i aktier, maksimalt udgøre 70 pct., jf. § 163, stk.1. Der er desuden fastsat nogle supplerende grænser for udvalgte aktiver i §§ 164 og 165, herunder aktiver, der udgør en risiko på en enkelt virksomhed eller en gruppe af indbyrdes forbundne virksomheder.

[16] Reglerne om kapitalforhold, herunder regler om solvens, findes i §§ 124-143, regler om midlernes anbringelse og likviditet i §§ 145-169, og bestemmelser om særlige koncernregler, samt regler om konsolidering m.v. i §§ 170-182.

blevet fastsat ud fra renten på statsobligationer, nu også skulle fastsættes på grundlag af realkreditrenten. Ændringen bevirkede, at selskaberne kunne undgå at realisere en del af deres beholdning af realkreditobligationer, hvilket var til fordel for både pensionsinstitutterne og for boligejere med realkreditlån, særligt boligejere med rentetilpasningslån. For pensionskunderne betød ændringen imidlertid, at deres sikkerhed for, at pensionsinstitutterne kan opfylde deres forpligtelser, blev nedsat, da ændringen samtidig betød, at kravet til selskabets hensættelser til pensionsforpligtelser blev mindre. Et forhold, der ikke har været fokus på i medierne, og hvor betydningen for kunderne bør undersøges nærmere.[17]

Reguleringen i FIL omfatter som nævnt også regler om adfærden over for kunderne, herunder bl.a. regler om aftaleforhold, information og god skik.[18] Disse regler giver anledning til mange interessante juridiske problemstillinger, herunder reglernes betydning i forbindelse med en erstatningsretlig vurdering i en tvist mellem et pensionsinstitut og en kunde. Der kan f.eks. være sager, hvor det diskuteres, om instituttet har overtrådt god skikbekendtgørelsen § 7, stk. 2 om, at en finansiel virksomhed skal yde rådgivning, »hvor omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor«, og hvilken betydning en overtrædelse af denne bestemmelse har for den erstatningsretlige vurdering.

5.2. De skatteretlige regler

De skatteretlige regler, der regulerer pensionsordninger, har afgørende betydning for både virksomheder, der udbyder pensionsordninger, og for pensionskunder. Størstedelen af de pensionsaftaler, der indgås, er fradragsberettigede, og skattelovene opstiller en lang række ufravigelige krav til pensionsaftalerne. Ud over at skattereglerne antages at være adfærdsregulerende for borgernes pensionsopsparing, har skattereglerne derfor også afgørende indflydelse på pensionsinstitutternes udformning af pensionsaftaler, og på den information og rådgivning om pensionsordninger, virksomhederne giver til kunderne. Forhold der jævnligt opstår tvister om mellem pensionsinstitutter og kunder. Nogle af de spørgsmål, der bør undersøges og diskuteres med hensyn til skattereglerne for pensionsopsparing, er: Hvordan virker lovgivningen? Er skattebegunstigelse nødvendig, for at befolkningen sparer op til pension? Hvilken økonomisk betydning har reguleringen for den enkelte borgers adfærd, for samfundsøkonomien nu og i fremtiden, for den danske velfærdsmodels bæredygtighed, for de finansielle virksomheder, der udbyder pensionsordninger, og for kapitalmarkedet?

[17] Se om kriser i pensionsselskaberne og årsager hertil, herunder om udviklingen på aktiemarkedet, og for en diskussion heraf Finn Østrup: »Det finansielle system« (2010) s. 399 ff.
[18] FIL § 43 om god skik og FIL § 56 om livsforsikringsselskabers oplysninger til kunder. Se om reglerne Lisbeth Faurdal: Aktuelle temaer i pensionsretten (2011) især kap. 11 og 12.

At skattereglerne er adfærdsregulerende for borgernes lyst til at spare op til pension, synes at kunne udledes af Skatteministeriets tal for den faktiske indbetaling til pension.[19] F.eks. fremgår det, at indbetalingen til kapitalpension[20] faldt fra ca. 20.000 mio. kr. årligt i 1998 til ca. 15.000 mio. kr. i 1999. Samtidig steg indbetalingen til ratepension[21] fra 1998 til 1999 med ca. 5.000 mio. kr., svarende til nedgangen i indbetalingen til kapitalpension. Ændringen i adfærd antages at skyldes en ændring af skattefradragsreglerne med virkning fra indkomståret 1999, hvorefter indbetaling til kapitalpension, modsat indbetaling til ratepension, ikke længere kunne fratrækkes i topskatten, men alene i bund- og mellemskatten.

Ved skattereformen i maj 2009 blev der indført et loft over fradragsberettigede indbetalinger til ratepension og de såkaldte »ophørende livrenter« på 100.000 kr. med virkning for indkomståret 2010. Loftet blev, med virkning fra 1. januar 2012, nedsat til 50.000 kr. Hovedbegrundelsen for den første ændring var, at meget store indbetalinger til ratepension kun i begrænset omfang kan »antages at tilgodese pensionsformål« og derfor bør begrænses.[22] Begrundelsen for ændringen var desuden at aflaste fremtidige offentlige udgifter til pensionsudbetalinger ved at motivere borgerne til i stedet at indbetale til pensionsordninger med livsvarige pensionsudbetalinger i form af »livsvarige livrenter«, frem for indbetaling til ratepensioner og ophørende livrenter, hvor udbetalingen er begrænset til den første del af pensionslivet (10-25 år). Tilsvarende begrundelser blev benyttet ved ændring af fradragsloftet til 50.000 kr.[23]

Ændringen fra indkomståret 2010 medførte et fald i betaling til ratepension fra 2009 til 2010 på 13.350 mio. kr. Faldet blev kun modsvaret af en nettovækst i indbetalinger til livsvarige livrenter og kapitalpension på 1.373 mio. kr. Samlet set faldt pensionsindbetalingerne fra 2009 til 2010 til ratepension, ophørende livrenter, kapitalpension og livsvarige livrenter fra 116.713 mio. kr. til 104.736 mio. kr., et fald på 11.977 mio. kr. Se tabel 2.

I 2012 var de samlede indbetalinger til samme pensionsordninger 106.395 mio. kr., dvs. fortsat væsentlig mindre end før lovændringen i 2009. Indbetalinger til kapitalpension har holdt niveauet fra 2010 på ca. 15.000 mio. kr., hvorimod der har været et yderligere fald i indbetaling til ratepension, som delvis modsvares af en stigning i indbetaling til livsvarige livrenter.

[19] Skatteministeriets rapport »Pensionsindskud 1998-2012« fra 15. april 2013.

[20] Kapitalpension er bl.a. karakteriseret ved, at opsparingen som hovedregel udbetales som en engangssum.

[21] Ratepension er bl.a. karakteriseret ved, at opsparingen udbetales i rater over 10-25 år.

[22] L200 2008/2009 – Forslag til lov om ændring af pensionsbeskatningsloven og lov om ændring af forskellige skattelove. Lov nr. 412 af 29. maj 2009.

[23] Lov nr. 1378 af 28. december 2011 om ændring af pensionsafkastbeskatningsloven og pensionsbeskatningsloven (L28 2011/2012).

Tabel 2: Indbetalinger på visse typer pensionsordninger (mio. kr.).

År	Livsvarig alderspension	Rater 10-25 år	Engangssum	Samlet indbetaling
	Livrenter	Ratepension + ophørende livrenter	Kapitalpension + alderssum	
2009	42.051	58.431	16.231	116.713
2010	44.745	45.081	14.910	104.735
2011	43.516	48.921	14.478	106.914
2012	50.606	40.871	14.918	106.395

Kilde: Skatteministeriets rapport: »Pensionsindskud 1998-2012« fra 15. april 2013.

En mulig forklaring på ændringen af indbetalingsadfærden og faldet i pensionsindbetalinger siden 2009, kan, ud over ændring af skattefradragsreglerne, være, at midlerne, i stedet for indbetaling på pensionsordninger, er anvendt til forbrug eller til opsparing i frie midler. Endvidere kan den generelle økonomiske krise i samfundet de seneste år have været medvirkende til nedgangen i pensionsindbetalinger.

Med virkning fra 2013 er der gennemført en yderligere forringelse af skattefradragsreglerne, idet fradragsretten for indbetaling til kapitalpension er helt afskaffet. Der kan i stedet for indbetales op til 27.600 kr. på en ny slags pensionsordning, en såkaldt »aldersforsikring« eller »aldersopsparing« uden fradragsret, hvor udbetalingerne på pensionstidspunktet er skatte- og afgiftsfri. Afkastet af de opsparede midler beskattes ligesom afkastet på fradragsberettigede pensionsordninger.[24] Lovændringen giver samtidig mulighed for, at eksisterende kapitalpensioner kan omlægges til den nye aldersforsikring/aldersopsparing ved at betale en afgift til staten på 37,3 pct. i 2013 og 2014. Da afgiften på udbetaling af kapitalpension ellers er 40 pct., kan den enkelte borger, der omlægger, opnå en besparelse på 2,7 pct. ved omlægning i 2013 og 2014. Omlægningen af kapitalpensioner til aldersforsikringer/aldersopsparinger er en del af skattereformen, som skal medvirke til at finansiere en lavere skat på arbejde m.v., og som skal understøtte vækst og beskæftigelse frem mod 2020.

Det må, ud fra tallene fra Skatteministeriet om faktiske indbetalinger på de forskellige typer af pensionsordninger for perioden fra 2009 til 2012, konstateres, at der er sket en nedgang i de samlede pensionsindbetalinger til ratepension, ophørende livrenter, kapitalpension og livsvarige livrenter i pe-

[24] Lov nr. 922 af 18. september 2012 om ændring af pensionsbeskatningsloven og forskellige andre love (L196A - 2011/2012).

rioden fra 2009 til 2012. Samtidig er der sket en stigning i indbetalingerne til livsvarige livrenter. Afskaffelsen af fradragsretten på kapitalpension vil formentlig medføre en yderligere nedgang af indbetalinger i 2013. Tiden vil vise, om ændringen af skattereglerne de senere år på sigt kan sikre en rimelig gennemsnitlig nettodækningsgrad for pensionister i forskellige indkomstgrupper, eller om de ændringer, der er foretaget, vil medføre større udgifter til offentlige pensionsydelser end forventet.

6. Pensionsretten omfatter mange forskellige emner

Pensionsretten er, som det fremgår ovenfor, et retsområde, der giver mulighed for at beskæftige sig med mange forskellige emner. Pensionsretten omfatter f.eks. socialpolitiske og samfundsøkonomiske spørgsmål. Spørgsmål om, hvilke pensionsydelser borgere har ret til, og hvilke regler der gælder, eller bør gælde, for de offentlige ydelser. Andre pensionsretlige spørgsmål vedrører reguleringen af de opsparingsbaserede pensionsordninger, der er skattemæssigt subsidieret, samt reguleringen af de forsikringsselskaber og pengeinstitutter, der administrerer og forvalter pensionsordningerne og pensionsmidlerne. Dertil kommer spørgsmål om retsstillingen mellem aktørerne på pensionsmarkedet, der som nævnt bl.a. reguleres af offentligretlige regler i lov om finansiel virksomhed, af civilretlig særregulering i forsikringsaftaleloven og i pensionsopsparingsloven. I det følgende nævnes enkelte eksempler ud over de ovenfor omtalte.

6.1. Hvilke pensionsydelser skal være en del af den danske velfærdsmodel?

De seneste år har der været en løbende diskussion politisk og i offentligheden generelt om, hvilke velfærdsydelser der skal være en del af den fremtidige danske velfærdsmodel, og hvilke regler der skal gælde for ydelserne. Med hensyn til pensionsydelser er et af de centrale spørgsmål, om der i fremtiden er råd til folkepension til alle, og hvis ikke, hvordan staten så skal indrette pensionssystemet, så ældre borgere sikres en rimelig levestandard og andel i samfundets velstand samtidig med, at pensionssystemet er finansielt bæredygtigt.

6.2. Reguleringen af pensionsinstitutternes investeringer

Et eksempel på betydningen af og interessen for pensionsinstitutternes investeringer er, at der løbende i den offentlige debat og i Folketinget er diskussion og kritik af pensionsinstitutternes investeringspolitik. Kritikken har bl.a. vedrørt pensionsinstitutters investering i virksomheder, der producerer våben og tobak, forurener miljøet eller anvender børnearbejde og investering i statsobligationer i fattige afrikanske lande, der overtræder menneskerettighederne og har diktatur og korruption. Et spørgsmål, der er blevet dis-

kuteret, er, om danske pensionskroner skal anvendes til at støtte udemokratiske lande i Afrika, der overtræder menneskerettighederne. I relation hertil er det både i offentligheden og i retsteorien blevet diskuteret, om der er behov for at ændre reguleringen af pensionsinstitutternes investeringer med henblik på at sikre, at pensionsinstitutterne følger nogle etiske retningslinjer for investeringer.[25] Hertil kommer diskussioner, om pensionsinstitutter bør fremme væksten i Danmark ved at investere pensionsmidler i større anlægsarbejder eller støtte udviklingen af små og mellemstore virksomheder.

6.3. Hvor går grænsen for, hvad de faglige organisationer kan bestemme med hensyn til det enkelte medlems arbejdsmarkedspensionsordning?

Størstedelen af befolkningen er, som nævnt, omfattet af obligatoriske arbejdsmarkedspensionsordninger, etableret enten på baggrund af kollektive overenskomster aftalt mellem de faglige organisationer, eller som firmapensioner, aftalt i den enkelte virksomhed. En problemstilling, der har givet anledning til tvister i praksis for de ordninger, der er etableret på baggrund af kollektive overenskomster, og som også har været diskuteret i retsteorien, er, i hvilket omfang de faglige organisationer kan optræde på den enkelte lønmodtagers vegne ud over at aftale størrelsen af pensionsbidraget og rammevilkårene for den del af lønnen, der skal indbetales til en pensionsordning. Kan de faglige organisationer og pensionsinstituttet f.eks. aftale at ændre væsentlige vilkår i eksisterende pensionsordninger til ugunst for pensionskunderne uden accept fra den enkelte pensionskunde? De spørgsmål, der har givet anledning til tvister i praksis, er ændring af garanterede pensionsydelser til markedsrentebaserede pensionsydelser og ændring af begunstigelsesbestemmelsen, dvs. spørgsmålet om, hvem der skal have udbetalt pensionsopsparingen eller livsforsikringen ved pensionskundens død.

Pensionsselskabet Sampension, der hovedsageligt har arbejdsmarkedspensionsordninger, afskaffede efter aftale med de faglige organisationer ydelsesgarantierne for allerede indbetalte pensionsbidrag og for fremtidige pensionsbidrag med virkning fra den 1. januar 2011 for alle kunder i pensionsselskabet. Den enkelte kunde blev ikke spurgt. Sampension, og de faglige organisationer, er af den opfattelse, at det havde de lov til. Finanstilsynet er umiddelbart af samme opfattelse, hvorimod retsteorien er uenige om spørgsmålet. Senest har Kammeradvokaten, på foranledning af Forbrugerombudsmanden, undersøgt sagen, og kommet frem til, at Sampension ikke havde hjemmel til at afskaffe garantierne for allerede indbetalte pensions-

[25] Lisbeth Faurdal: Artikel i ET 2012 s. 369 ff: Reguleringen af pensionsselskabers investeringsstrategier – set i relation til diskussionen om etiske investeringer. Er der behov for at ændre reglerne?

midler uden at spørge den enkelte pensionskunde.[26] Problemstillingen er ikke reguleret i lovgivningen og er uafklaret i retspraksis. På nuværende tidspunkt vides det ikke, om spørgsmålet kommer for domstolene, da Forbrugerombudsmanden, Sampension og Ydelsesgarantiforeningen (bestående af utilfredse kunder, der ville anlægge et gruppesøgsmål) har indgået forlig i sagen den 2. maj 2013. De enkelte kunder har fortsat mulighed for at anlægge sag mod Sampension.[27]

Et andet spørgsmål, der jævnligt diskuteres, er, om det er rimeligt, at de faglige organisationer f.eks. bestemmer, hvilket pensionsinstitut pensionsordningen skal etableres i. Spørgsmålet er typisk begrundet i et ønske om ikke at være stavnsbundet til et pensionsinstitut, der generelt over en årrække, i forhold til andre pensionsinstitutter, har performet ringere afkastmæssigt efter omkostninger. Ud fra et individuelt, økonomisk synspunkt kan der næppe være tvivl om, at det ikke er optimalt, at en lønmodtager er tvunget til at indbetale 12-20 pct. af lønnen til et bestemt pensionsinstitut, der ikke har performet tilfredsstillende.

Principielt juridisk set drejer dette spørgsmål sig, ligesom spørgsmålet ovenfor, om, hvor grænsen går for, hvad de faglige organisationer kan bestemme med hensyn til det enkelte medlems arbejdsmarkedspensionsordning. En besvarelse af spørgsmålet kræver, ud over inddragelse af forsikringsretlige og almindelige aftaleretlige regler, bl.a. inddragelse af de særlige foreningsretlige regler for faglige organisationer og af reglerne i arbejdsretsloven.[28] Også menneskerettighedskonventionens artikel 11 har været bragt på banen i forbindelse med dette spørgsmål, bl.a. fordi også lønmodtagere, der ikke er medlemmer af den overenskomstbærende organisation, tvinges til at indbetale til det af overenskomstparterne valgte pensionsinstitut. I 2006 rejste Foreningen Frie Funktionærer spørgsmålet i forbindelse med ændring af foreningsfrihedsloven, lov nr. 359 af 26. april 2006 om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet, der blev ændret, som direkte konsekvens

[26] Se www.forbrugerombudsmanden.dk, vælg Pressemeddelelser og 02.05.2013: »Aftale i sag om Sampensions afskaffelse af ydelsesgarantien«.

[27] Se Finanstilsynets afgørelse af 29. november 2010 om Sampensions afskaffelse af ydelsesgarantien, Lisbeth Faurdal: Artikel i ET 2012. s. 37 ff.: »Finanstilsynets god skikafgørelse om Sampensions afskaffelse af ydelsesgarantien«, Lennart Lynge Andersen: Artikel i ET 2011/2 s. 153 ff.: »Finansielt tilsyn/finansiel stabilitet/kundeinteresser«, og Mads Bryde Andersen og Jens Kristiansen: Arbejdsmarkedspension (2009) især kap. 13 s. 261-295.

[28] Se herom Lisbeth Faurdal: Aktuelle temaer i pensionsretten (2011) s. 53-88, Mads Bryde Andersen og Jens Kristiansen: Arbejdsmarkedspension (2009) især kap. 13 s. 58 ff., 261-295, 303 f. Se mere generelt om forholdet mellem de faglige organisationer og det enkelte medlem Knud Illum: Den Kollektive Arbejdsret (1964) s. 28 ff., 45, 48, 82, Lennart Lynge Andersen: Lærebog i Fondsret (2005) s. 137, Ole Hasselbalch: Arbejdsret (2006) s. 46, Jens Kristiansen: Den Kollektive Arbejdsret (2008) s. 68 ff., 72 ff., 138 ff., 156 ff., 206 f.

af Menneskerettighedsdomstolens dom af 11. januar 2006, sag nr. 52562/99 og 52620/99 (Sørensen og Rasmussen). Dommen vedrørte konventionens art. 11. Beskæftigelsesministeren svarede bl.a., at dommen fra Menneskerettighedsdomstolen ikke gav anledning til at indføre ændringer med hensyn til valg af pensionsordning, samt at arbejdsgiverens valg af pensionsinstitut til forvaltning af pensionsmidler ikke kan sammenlignes med tvunget medlemskab af en fagforening.[29]

På baggrund af de rejste tvister og spørgsmål er det relevant at spørge, hvem det egentlig er, der bestemmer over pensionsindbetalingerne på den enkelte persons arbejdsmarkedspensionsordning, der udgøres af den enkelte lønmodtagers løn for udført arbejde. Er det de faglige organisationer, pensionsselskaberne eller den enkelte lønmodtager? Et nærliggende spørgsmål er desuden, om der er behov for at indføre særregler i forsikringsaftaleloven for arbejdsmarkedspensionsordninger etableret på baggrund af kollektive overenskomster, hvilket ikke findes i dag.

7. Pensionsfag på SDU

I tilknytning til forskningen i pensionsret på Juridisk Institut er det naturligt og relevant at udbyde et pensionsfag på SDU. Planlægningen er nu så langt, at det forventes, at faget udbydes første gang i forårssemestret 2014 under titlen: »Pensionsret«. Fagets centrale område vil være indretningen og reguleringen af pensionssystemet i Danmark.

Pensionsretten er, som det fremgår ovenfor, et stort og komplekst retsområde, som er af betydning for praktisk talt alle borgere, men som kun beherskes af få. Det store retsområde betyder, at pensionsfaget på SDU ikke kan omfatte det hele. Det har derfor været nødvendigt med fravalg, når det kommer til de enkelte emneområder og problemstillinger.

[29] Se om Menneskerettighedsdomstolens dom af 11. januar 2006: Jens Kristiansen: Den Kollektive Arbejdsret (2008) s. 127 ff.

Save our souls – Considerations on the master's post-incident obligations

by

Birgit Feldtmann

"To all who have to trust themselves to the sea it is of the utmost importance that the promptings of humanity in this respect should not be checked or interfered with the by prudential considerations which may result to a ship or cargo from the rendering of the needed aid."[1]

1. Introduction

In the summer of 2012, a new provision of the Danish Weapons Act (*våbenloven*) came into force, granting easier access for shipowners to obtain a general license to carry weapons aboard vessels.[2] This was a central step in formally allowing *privately contracted armed security personnel* (PCASP) aboard Danish vessels. In a nutshell, the aim of the new regulation was to give shipowners more leeway in the fight against modern piracy, particularly in the Horn of Africa region, but potentially also in other areas of the world where piracy is an issue.[3]

The move towards using PCASP as a means of countering the threat of piracy is a tendency not only seen in the Danish context but also in other shipping nations, for example Germany.[4] This development raises a number of concerns and it can be argued that this development is a step towards the

[1] The British 1880 case of *Scaramanga v. Stamp*, cited from Sophie Cacciaguidi-Fahy, The Law of the Sea and Human Rights,19 Sri Lanka J. Int'l L. 85 2007, p. 90.

[2] Lov nr. 564 af 18. juni 2012 om ændring af våbenloven og lov om krigsmateriel mv. On the scope of the new legislation see Inge B. Møberg/Christina A. Gulisano, Civile bevæbnede vagter på danske lastskibe, Juristen 4/2012, s. 206 ff.

[3] Concerning the scope of the problem of maritime piracy see IMB, IMB Piracy & Armed Robbery Map 2013: http://www.icc-ccs.org/piracy-reporting-centre/live-piracy-map (last visited 10.10.2013).

[4] Doris König/Tim Salomon, Maritimes Sicherheitsgewerbe – Bewaffnete Sicherheitsdienste auf Handelsschiffen unter deutscher Flagge (1), in: Zeitschrift für die Sicherheit der Wirtschaft 1/2012, p. 10 ff. and Doris König/Tim Salomon, Maritimes Sicherheitsgewerbe – Bewaffnete Sicherheitsdienste auf Handelsschiffen unter deutscher Flagge (2), in: Zeitschrift für die Sicherheit der Wirtschaft 2/2012, p. 18 ff.

privatisation of maritime security.[5] From the legal perspective, the deployment of PCASP on private vessels also raises various legal concerns: From the Danish perspective, the new regulation basically only addresses the question of *when* weapons (and PCASP) may be legally deployed on board a ship, but does not address other relevant questions, such as *how* those weapons might be used. For example, from the Danish point of view, this is a question primarily to be considered under the general provision of the Danish Criminal Code (*straffeloven*), namely the provision of self-defence (*nødværge*, § 13).

The various legal questions at stake in connection with the use of PCASP, are, however, often not exclusively determined by domestic regulation but under certain circumstances also with view to regulations in other legal systems, for example coastal states or other flag states, and international law.

This means that the maritime stakeholders have to keep a "cool head" and try to develop strategies for meeting this complex legal framework for the work of PCASP, for example done by developing procedures and guidelines. However, when analysing existing guidelines and internal *Rules on the Use of Force* (RUF) used by maritime stakeholders in connection with the protection of vessels, it is rather striking that some relevant questions are not addressed sufficiently or not at all. One of those neglected issues is the question of what can be called post-incident obligations, e.g. obligations following a lawful act of self-defence against a pirate attack. For example, the IMO interim guidance for shipowners, ship operators and shipmasters[6] addresses various issues including the question of rules for the use of force (RUF) (Annex 5.13.-5.15.) and reporting and record keeping (Annex 5.16-5.19), but the question of any potential post-incident obligations is not raised at all.

Does this mean that there are no relevant obligations to be considered after a lawful act of self-defence against a pirate attack? The maritime stakeholders seem to think so and also in the international legal debate this question has somewhat been neglected. But is neglecting this question a sensible strategy for relevant maritime stakeholders? The answer to that question, according to this article, is clearly: *No*. The post-incident question is rather

[5] The development in connection with counter-piracy activities is also discussed under the headline *Security Governance*; referring to a collective approach of a number of state and non-state actors using different means and methods, see Hans-Georg Ehrhart/Kerstin Petretto/Patricia Schneider, 3.2. Beitrag des Instituts für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg (IFSH), in: Erhart et.al, Piraterie und maritimer Terrorismus als Herausforderung für die Seehandelssicherheit Deutschlands, 2013, p. 49 ff.

[6] MSC.1/Circ.1405/Rev.2; Revised interim guidance to shipowners, ship operators and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the high risk area, 25.5.2012.

crucial and neglecting it is a faulty strategy that involves the unnecessary risk of criminal liability; mainly for the master of the vessel employing the PCASP.

The following considerations on the master's post-incident obligations are partly based on my considerations presented in April 2013 to the *Working Group 2 on Legal Issues* of the *Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia (CGPCS)*.[7] The first part of this article considers the question of post-incident obligations of the master from the point of view of international law. This perspective is relevant, because the legal framework provides certain obligations, which are subsequently crucial for regulation in domestic law. What this specifically means in the Danish context is analysed in the second part of this article. The final part of this article summarises the considerations and provides some concluding remarks.

2. The master's post-incident obligations from the perspective of international law

The concept of one seafarer being obliged to assist another seafarer in distress is certainly not new and there is no serious doubt in the legal debate that *"(t)he obligation on masters to render assistance at sea is one of the oldest and most deep-rooted maritime traditions"*.[8] It is not only a noble maritime tradition but also an established part of customary international law and today codified in different legal acts of international law.[9]

But does this noble principle also apply in situations where the seafarer in distress is a pirate who has violently attempted to attack a vessel and the pirate's distress situation is the result of lawful self-defence by PCASP?

The following considerations help to clarify this question. More precisely, the question at hand is whether the *master* of the vessel employing the PCASP has any obligation to assist and/or rescue pirates in the situation that is described above. If it is concluded that there is indeed a post-incident obligation, the next question at hand is what does this obligation mean in more practical terms?

[7] Part of the considerations presented here are currently also published in a shorter (non-scientific) version in the inter-disciplinary shipping journal Mercator. The considerations in part 3 are partly based on the work of Sina Petersen, master student of law, also under publication in the same issue of Mercator.

[8] Frederick J. Kenney/Vasilios Tasikas, The Tampa Incident; IMO Perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea, 12 Pac.Rim L. & Pol'y J. 143 (2003), p. 148.

[9] On the development of this obligation in international law see Kenney/Tasikas (footnote 8), p. 148 ff.

2.1. An obligation to assist pirates in distress?

As stated above, the master's obligation to render assistance at sea is an old and deep-rooted maritime tradition which is part of customary law and which is currently codified in a number of international legal acts: The UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) article 98 (1), for example, requires that (*my emphasis*):

1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:
(a) *to render assistance to any person found at sea in danger of being lost*;
(b) to proceed with all possible speed to the *rescue of persons in distress*, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;
(...)

When analysing the obligation established by UNCLOS a number of issues should be noted:

- Firstly, the obligation established by UNCLOS is directed at states who "shall require" that the master of a ship acts accordingly if confronted with persons in distress or in danger of being lost at sea.
- Secondly, the provision refers to both the activity of *rendering assistance* (a) and *rescue* (b) which leads to the question of what the difference of both concepts are and what exactly the master's obligations might be.
- Thirdly, the obligations established in the provision only refer to situations that require the activity of assistance or rescue (*distress, in danger of being lost at sea*) and not to any reasons for why those situations occurred.
- Finally, the obligation to render assistance or rescue is not without limitations, the master is obligated only "*in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers*".

Similar state obligations and concepts are also found in other international law, for example article 10 of the 1989 International Convention on Salvage. However, from the master's point of view, the regulation in the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS, 1974/2006) is of particular interest. SOLAS regulates in V/33.1 that:

The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance (...).
This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found. (...).

One major difference to the regulation in UNCLOS, is that the recipient of this obligation is the master himself and not a state which subsequently "*shall require the master*" to provide assistance. This wording has initiated a legal debate as to whether this means that this provision indeed directly obliges the shipmaster; this would be rather unusual since in general (but not without exceptions) international law imposes obligations on states, not on individuals.[10] However in the context of this article, that discussion is of rather academic interest, the issue at stake is that independently of whether the obligation directly obliges the master or not, it is quite clear that the enforcement of this obligation is left to the flag state. The flag state is obliged to enforce the duty to assist and if a master fails to meet that obligation it is the duty of the flag state to react accordingly.[11] How the question of enforcement of duty is approached in the Danish legal system is analysed below.

2.1.1. The master's obligation – the situation

When analysing the master's obligation, which is established by SOLAS, it should be noted that the situation requiring the master to act is "*persons are in distress at sea*", which leads to the question of what is distress at sea, and more precisely in our context, whether it can be argued that it is not within the concept of distress at sea, if the situation in question was provoked by the pirates' own unlawful activity.

The understanding of the concept of distress at sea is the subject of a rather substantial legal debate, the main thrust of the concept can however be described as a situation where a ship or its crew "faces imminent danger"; where the situation is "of a grave necessity" and not just a situation of "inconvenience".[12] An analysis of the legal debate and case law shows that the concept of distress at sea has to be understood as a rather broad concept, where various situations might create distress, for example bad weather or technical problems. It is also accepted that "man-made" situations are also covered by the concept, for example if the situation was the result of "bad seamanship".[13] The main criteria for distress is a situation of "*urgent neces-*

[10] See for example Martin Davies, Obligations and implications for ships encountering persons in need of assistance at sea, 12 Pac. Rim L. & Pol'y J. 461 2003, p. 112 and Jessica E. Traumant, Rescued at sea, but nowhere to go; The cloudy waters of the Tampa crisis, 11 Pac. Rim L. & Pol'y J. 461 2002, p. 473.

[11] Traumant (footnote 10), p. 473.

[12] Noyes "ships in distress" Max-Planck Encyclopedia of Public International Law. A thorough analysis of the concept distress (in German: *Seenot*) in Inken v. Gadow-Stephani, Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot, 2006, p. 213 ff.

[13] See for example v. Gadow-Stephani (footnote 12), p. 213ff. (217 ff.).

sity"; the central person to assess the severity of the situation is the master (or any other person in command) of the vessel in question.[14] The analysis of the concept of distress leads, in my opinion, to the conclusion that there is no reason to conclude that because the pirates' unlawful activity provoked the situation, the situation cannot be covered by the concept of distress. In essence: The question of distress is primarily evaluated by the actual situation (*is* anyone in imminent danger at sea?), not by the reasons leading to this situation (*why is* someone in imminent danger at sea?).

2.1.2. The master's obligation – the duty

When accepting that the pirates in post-incident situations are in distress at sea, the next question is what specific obligations arise from the distress situation. As stated above, international law uses both the concept of rendering *assistance* and of *rescue* and UNCLOS names both concepts. However, SOLAS only stipulates that the shipmaster "*is bound to proceed with all speed to their assistance*".

Again, the concepts of *assistance* and of *rescue* are subject to a substantial legal debate which can be summarised as follows: The concept of assistance is a relatively broad concept and covers a large range of possible activities.[15] It is a concept that allows the master, as Kenney and Tasikas put it: "*to consider the circumstances of each distress case and take the most prudent and practical action to relieve the distress of those*".[16] This means basically two important things:

- Firstly, assistance covers a variety of possible acts depending on the specific situation at hand, and
- secondly, it is the master in the light of the specific situation, who determines which actions are to be taken. In his assessment of the situation various factors can be considered.

In contrast to the concept of *assistance*, the concept of *rescue* is rather narrow and more specific. The International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR Convention) defines rescue as "*an operation to retrieve persons in distress, provide for the initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety.*"[17]

[14] See v. Gadow-Stephani (footnote 11), p. 225 ff. 267 ff., who makes a distinction between danger for human life on board (*Notstands-Seenot*) and danger for vessel and cargo (*Notwendigkeits-Notstand*).

[15] Kenney/Tasikas (footnote 8), p. 151 ff.

[16] Kenney/Tasikas (footnote 8), p. 151.

[17] International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR Convention), April 27, 1979 (entered into force on Jun. 22, 1985), T.I.A.S. No. 11093, as amended, Annex, para. 1.3.2.

This means basically that *rescue* is an activity which results in bringing the crew/vessel to safety.[18] The difference in the understanding of *assistance* and *rescue* means that it is important to determine whether the master has an obligation to both *assist* and to *rescue* or simply an obligation to *assist*. In the legal debate, despite the fact that UNCLOS names both activities in the context of the master, it is argued that the duty to provide assistance is directed at masters; while the obligation to rescue is only directed at states.[19] This point of view is in accordance with the SOLAS provision, which directly places an obligation on the master and, as stated above, obliges the master to "*proceed with all speed to their assistance*" without mentioning an obligation to rescue.

2.2. What does the duty to render assistance mean in practice?

When accepting the fact that there is a duty on the master to render assistance in post incident situations, the next question is what does this mean in practice? Does international law really require that the master picks up the very same people who violently attacked his vessel just a few moments ago?

The key to answering this question is the recognition that rendering assistance is a broad concept that does not necessarily require the rescue of the people in distress, but may include many other acts in the specific situation. Furthermore, the duty to assist is not unlimited, which was stated above in connection with UNCLOS' provision: The master only has to render assistance in "*so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers*". Such limitation is less clearly defined in SOLAS V/33.1; here the master more generally has to render assistance if he is "*in a position to be able to provide assistance*". Furthermore, SOLAS V/33.1 emphases that *"(t)his obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found.*" On the other hand, the final sentence of SOLAS V/33.1 accepts that situations may arise where the obligation to assist might be unreasonable:

If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization, to inform the appropriate search and rescue service accordingly.

[18] See Kenney/Tasikas (footnote 8), p. 157 f.

[19] Kenney/Tasikas (footnote 8), p. 151, 156 ff.

This means that the answer to the question of the specific obligation in our scenario does not necessarily obligate the master to pick up the pirates in distress – the master has to take the specific situation into account and act accordingly. It seems to be common sense – and is accepted by international law – that the master, whose main duty is the responsibility to ensure the safety of his own vessel and crew at all times, cannot be obligated when the consequence would endanger his own vessel or crew.

So, if the master in the specific situation at hand has reasons to believe that "picking up" the pirates would endanger his crew or vessel, for example because once on board the pirates might again try to hijack the vessel or if there is reason to believe that there are other pirates in the region and there is an urgent need to get away, he is not obligated to act in this way. But there might be other possible options and these must also be considered.

The obligation to consider all of the options to assist is emphasised by the SOLAS requirement that "*the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress*". This means that simply ignoring the question of providing possible assistance is not an option. The master must reflect on the question of assistance and must give a sufficient reason in the log-book for why he did not provide assistance if this was the case. And this could prove rather difficult in practice: One option, which most likely will always be expected of the master, and which can be considered as an act of assistance, is stated in SOLAS: "*inform the appropriate search and rescue service accordingly*". In the context of the Horn of Africa/Indian Ocean region, this may mean, for example, informing the international forces who are operating in the region.

3. The master's post-incident obligations from the perspective of Danish law

As stated above, the master's obligation to render assistance under international law has to be enforced through the legislation of the flag state. However, it seems that not all flag states are fully willing to implement the obligation in domestic legislation or to enforce this obligation in cases where masters fail to react accordingly.[20] One way flag states can try to ensure obedience is to criminalise the master's passiveness in situations of the distress.[21]

Before moving to the question of the master's criminal liability it should be noted that the question of "post incident" obligation forms the perspective of Danish law (and most likely also in other jurisdictions) is not necessarily

[20] Davies (footnote 10), p. 112 ff.

[21] See Jason Parent, No duty to save lives, no reward for rescue; Is that truly the current state of international salvage law?, 12 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 87 2006, p. 94.

exclusively directed at masters. For example, under certain circumstances, the guard might be criminally liable if he did not attempt to help the injured pirate afterwards. It is, to illustrate the point, a similar situation for any citizen who has rightfully defended himself against an unlawful attack, and has subsequently, for example, an obligation to call an ambulance.[22] However, this article focuses only on the specific obligations of the master and does not focus on the question of criminal liability of others.

3.1. Criminal liability of the master under Danish law

Danish criminal law criminalises certain acts of passiveness; this means that the law expects the person to act in a certain way and if the person fails to act accordingly, he can be prosecuted. In the context of the question of not rendering assistance the criminalisation in section 253 of the Danish Criminal Code (*straffeloven*) is of specific relevance (my *emphasis*):

"A person will be punished with a fine or imprisonment up to two years if he, besides the fact that it was possible for him without specific danger or sacrifice to himself or others, (...)
2) fails to undertake the necessary steps (...) which *are posed on him* (*påbudt*) to take care of *shipwrecked person persons or persons subjected to a similar accident* (...)."

When analysing this provision the first issue to be noticed is that the provision is demanding action is situations of *shipwrecked* or similar situations. This wording indicates that the provision indeed is dealing with situations of distress.[23] However, the second issue to be noticed is that the criminalisation of the master's failure to render assistance to persons in distress at sea is dependent on that the duty to assist being made mandatory in a specific regulation (are posed on him; *påbudt*). This means that there is no general obligation to act established by section 253; the specific duty expected of the master depends on the wording of the required specific regulation.
Such a relevant specific regulation is the Safety at Sea Act (*søsikkerhedsloven*) from 2007 which in general regulates safety procedures aboard Danish vessels. Article 30 of the Safety at Sea Act reads as follows:

"if, in the event of a collision or in the event that the ship as a result of its navigation or in a similar way causes damage to another ship or persons or goods on board, and where it may be done without particular danger to the ship itself, its crew and passengers, the master of the ship fails to afford the other ship and its crew and passengers all the assistance possible and necessary to rescue it from the danger that has arisen (...)".

[22] For the Danish context see Kommenteret straffelov, speciel del, 10th edition, 2012, p.415 ff.
[23] See Kommenteret straffelov, speciel del, 10th edition, 2012, p. 417.

When analysing this regulation two aspects should be noted: firstly, the provision does not establish an unlimited duty to assist; assistance must be given in so far as this can be "*done without particular danger to the ship*" or persons on board. Thus, the provision emphasises the principle that is also manifested in international law: own safety first. Secondly, it is striking that the question of assistance is only raised in the situation of a collision (between two ships), or if the ship as a result of its navigation or in a similar way has created a situation of distress. This means that the situation must be caused by the ship or its navigation, which must consequently mean that if the situation of distress is not caused by the ship or its navigation, this provision does not establish criminal liability of the master should he fail to provide assistance to persons in distress at sea.

Does this means that there is no specific regulation which in more general terms deals with the master's responsibility to render assistance to persons at distress at sea? This conclusion would be in line with the above stated general tendency to refrain from implementing the duty to assists in national law seen by other countries.

However, in the Danish contexts things are more complex: Regulation B, rule 33 of the Danish Maritime Authority[24] regulates "emergency situations – duties and procedures" at sea. Regulation B, which is part of Danish law, uses the exact translation of SOLAS article 33, and invokes therefore a general obligation to render persons in distress at sea assistance – not limiting the need of assistance to particular persons or situations.

This leads to an interesting conclusion –a master sailing under the Danish flag is made directly criminal liable under international law regulation. This is rather atypical because normally international law would be implemented through formal legislation and not, as in this case, through a ministerial order which basically is the translation of international law.

3.2. The use of Regulation B, rule number 33 – the case of U2004.1949V

The question of the range and use of Regulation B, rule number 33 has been tested in a court decision from 2004 (U 2004.1949V). The facts of that case can be summarised as follows:

The defendant was the master of a Danish vessel navigating in Thai Waters at the time of the incident in question (1996). The master had at the time reported to the relevant Thai Authorities, and recorded in the vessel log-book, that the Danish vessel had spotted a shipwrecked fishing vessel in the water. The master had ordered the vessel to stop and had circulated around the shipwreck for a while to search for persons distressed at sea. According to

[24] Søfartsstyrelsens Forskrift B, BEK nr. 506 af 06/05/2011, Regel 33 "Nødsituationer – forpligtigelser og procedurer".

the master's report no persons were found and the Danish vessel continued on its planned route. These reports were signed by a witness S, who at the time of the incident was a crewmember on the Danish vessel. However, many rumours surrounded the incident and in 1999 the shipping company initiated an investigation into the incident, prompting witness S to write a report about the incident.

Witness S confirmed the rumours by admitting that the Danish vessel had indeed located five fishermen in the waters around the shipwreck but the master deliberately chose not to render assistance to the persons in distress at sea. The witness explained that he had signed the report back in 1996 because he felt forced to do so by the master of the vessel but afterwards the witness had felt remorse for what had really happened.

The case included some technical issues in connection with the question of whether or not certain regulations were applicable at certain times. However, in our context those questions can be neglected. The central question in connection with the case from our point of view is this: If the master was held liable under section 253, no. 2, and from which specific regulation the duty to assist was extracted in this context. The court found the master guilty of violating section 253, no. 2; however, it confirmed that article 30 of the Safety at Sea Act regulation aims at situations of a collision.[25] The court, however, confirmed that (the, at the time of the judgement, applicable version of) the Danish Maritime Authority's regulation B is a sufficient bases to establish the obligation demanded by section 253, no. 2.

This means in its consequence that SOLAS' obligation is part of the Danish legislation and therefore directly relevant for masters of Danish vessels. Failure to meet the obligation to render assistance is therefore punishable under section 253, no. 2 of the Danish Criminal Court with view to Danish Maritime Authority's regulation B, rule 33. In this context, it is irrelevant whether the vessel in a position to render assistance was involved or not involved in the other vessel's situation of distress.

4. Concluding remarks

When first presenting to seafarers the idea that there is a duty to assist pirates in distress after those very same pirates had attempted to attack their vessel, the reaction is often one of disbelief and flat out rejection. From the seafarers' point of view it seems to be just another example of those "bloody lawyers living in cloud cuckoo land". And it might be quite understandable that, at first glance, it seems to be a provocative concept, that you are obligated to assist the very persons who just moments ago tried to violently attack you and your vessel. Furthermore, one could argue that the

[25] U 2004.1949V (1950)

question of rendering assistance to pirates in distress from a practical point of view is only of academic interest. If the situation occurs and no assistance is rendered, it can be assumed that the pirates are lost at sea and nobody will ever know what happened far away from shore, assuming that the PCASP and the vessel's crewmembers stay silent on the matter. However, one lesson learned from decision U1999.1949V, is that while there might be a sense of solidarity aboard a vessel when things go wrong, so that people agree to keep quiet, it is not certain that every crewmember will be able to maintain this lie for the rest of his or her life. This might also be the case in situations related to piracy. We have, for example, seen that a video was released on "YouTube" showing an incident which led to discussions on the extensive use of force by PCASP.[26]

Furthermore, when considering post incident obligations, one should be kept in mind that international law does not expect the impossible of the master. The safety of the master's vessel and crew is *the* key duty at all times. But there is an obligation to render assistance in situations of distress – even to pirates who have just unlawfully attacked a vessel. Ignoring the question of post-incident obligations is therefore a flawed strategy. The actors in the field should be aware of the issues at stake and consider what kind of acts of assistance may be rendered in different situations without endangering their own vessels, especially when considering employing PCASP on board.

If the distress situation does occur, it is the master who must evaluate the specific situation and act accordingly. The shipmaster does have room for a certain amount of discretion and he has no obligation to take any serious risks. But the point is that he has to consider what can be done to assist without involving risks. Turning a blind eye and sailing away is not a sensible strategy and it is a strategy that can – at least under Danish flag state regulation – lead to the shipmaster being held criminally responsible afterwards. In fact, it could result in a situation where the pirates are lost at sea and the master ends up in prison.

[26] See video on "YouTube": http://www.youtube.com/watch?v=RVnpY8HhTwU (last visited 10.10.2013). On the debate this video has initiated see: Politikens, Video: Mærsks vagtfirma skyder løs på pirater: http://politiken.dk/udland/ECE1632413/video-maersks-vagtfirma-skyder-loes-paa-pirater/ (last visited 10.10.2013).

Når retssikkerheden svigter
– behandling af sager om socialt bedrageri

af

Rikke Gottrup

1. Indledning – Forvaltningens rolle i kontrolsager

En af forvaltningens helt centrale funktioner er at træffe afgørelser i forhold til borgere og virksomheder om en række forhold, herunder udbetaling af ydelser eller meddelelse af tilladelser. I denne rolle står forvaltningen som garant for retssikkerheden. De generelle forvaltningsretlige regler, som særligt blev til i sidste halvdel af det 20. århundrede, er i høj grad udformet med blik for denne opgave. Nogle gange optræder forvaltningen imidlertid i den mere atypiske rolle som »kontrolmyndighed«, når forvaltningen efterprøver, om den oprindelige afgørelse er korrekt, eller kontrollerer, at borgeren efterlever afgørelsen. Denne rolle har forvaltningen, når en borger har fået en ydelse, fx som eneforsørger, og forvaltningen efterfølgende undersøger, om borgeren reelt er enlig. En tilsvarende rolle kan forvaltningen have i miljøsager, hvor forvaltningen fx har givet en tilladelse med vilkår og efterfølgende kontrollerer, om virksomheden overholder de fastsatte vilkår, eller hvor forvaltningen har givet en tilladelse til dyrehold og efterfølgende kontrollerer, om der er overproduktion. I disse situationer vil forvaltningens kontrol ikke alene kunne medføre forvaltningsretlige sanktioner i form af tilbagebetaling af en ydelse eller påbud, sagerne vil i sidste ende, hvis de er alvorlige nok, kunne medføre, at forvaltningen indgiver politianmeldelse. Udgangspunktet for politiets vurdering af, om der skal rejses tiltale ved domstolene, vil være det materiale, som forvaltningen fremsender.

En del af forvaltningens sagsoplysning bærer i kontrolsager præg af efterforskning og mere politirelateret virksomhed, når forvaltningen fx skal undersøge, om en borger er i et ægteskabslignende forhold.[1] Det betyder, at forvaltningen i disse situationer skal varetage flere roller – forvaltningen rejser sagen, er efterforsker, traditionel sagsbehandler og afgørelsesmyndig-

[1] I april 2011 blev spørgsmålet om kommunernes kontrolgruppers praksis, herunder deres mulighed for at overvåge borgernes fysiske og virtuelle adresser, behandlet i Folketingets retsudvalg. I den forbindelse slog beskæftigelsesministeren fast, at overvågning, som udgangspunkt, må betragtes som en politimæssig opgave, jf. møde nr. 19 i Folketingets retsudvalg den 28. april 2011, åbent samråd med justitsministeren og beskæftigelsesministeren.

hed. Det har i praksis vist sig at give store problemer. Forvaltningens rolle i kontrolsager udfordrer den traditionelle forvaltningsretlige ramme og de retssikkerhedsgarantier, den indeholder. Det rejser spørgsmålet, hvad det er ved den traditionelle forvaltningsretlige kontekst, der gør det svært for myndighederne at varetage denne funktion.

Emnet for denne artikel er de retssikkerhedsmæssige problemstillinger, der opstår i kontrolsager, hvor forvaltningen skal varetage forskellige roller, når de skal undersøge, om borgere overholder lovgivningen. Jeg vil se på socialt bedrageri som eksempel, men tilsvarende problemstillinger vil ofte gøre sig gældende i andre kontrolsager. Indledningsvis vil jeg kort beskrive begrebet socialt bedrageri, og hvorfor det er så aktuelt. Dernæst vil jeg beskrive de retssikkerhedsmæssige udforinger, behandlingen af disse sager giver anledning til, og de kritikpunkter, ombudsmanden og forskere på området har fremført i forbindelse med nyere sager om socialt bedrageri. Derefter vil jeg behandle nogle af de centrale forvaltningsretlige retssikkerhedsgarantier i forbindelse med behandling af sager om socialt bedrageri, som netop bliver udfordret af forvaltningens dobbeltrolle. Jeg har valgt at behandle 3 retssikkerhedsgarantier, som jeg finder særligt relevante i denne type sager, og som samtidig i praksis giver konkrete problemer. Det drejer sig om officialprincippet (undersøgelsesprincippet), forbuddet mod selvinkriminering og legalitetsprincippet.[2]

2. Socialt bedrageri som eksempel

I de senere år har der været særligt fokus på socialt bedrageri i den offentlige debat, herunder omfanget og kommunernes behandling af sager om socialt bedrageri. Med de store beløb, der går til sociale ydelser, kan det ikke undre, at der er fokus på lovligheden af disse udbetalinger.[3] Det vurderes, at der finder socialt bedrageri sted for mellem 5-10 mia. om året.[4] Begrebet

[2] Artiklen indeholder tanker om den eksisterende processuelle ramme og de retssikkerhedsgarantier, den giver, og inddrager nogle af de centrale ombudsmandssager på området, men indeholder ikke en større analyse af praksis.

[3] Se nærmere om omfanget af sociale ydelser *Rapport fra det tværministerielle udvalg om bedre kontrol*, oktober 2010, s. 20.

[4] Der er stor usikkerhed omkring omfanget af socialt bedrageri. KMD anslår i en analyse omfanget til at være 7-12 mia. kr. årligt, jf. *Socialt bedrageri i Danmark – omfang, adfærd og holdninger,* KMD Analyse, december 2011, mens Det nationale forskningscenter for velfærd (SFI) på baggrund af oplysninger om socialt bedrageri og fejludbetalinger i England og Sverige anslår omfanget til at være 5-10 mia. kr. årligt, jf. *Socialt bedrageri – et litteraturstudie*, SFI, 2011, s. 9 og 25ff. KL og kommunerne skønner, at der opdages socialt bedrageri for omkring 350 mio. kr. Der findes ingen sikre tal over det samlede omfang af socialt bedrageri i Danmark, men det antages at være væsentligt højere, jf. notat for social- og integrationsministeren: *Udbetaling Danmark og Socialt bedrageri*, Socialudvalget 2011-2012, L 86 bilag 8 og L 87 bilag 8.

socialt bedrageri bruges ofte uden nærmere refleksion over, hvad begrebet betyder. Begrebet anvendes både, når der er tale om uberettiget udbetalte ydelser, hvor der ikke foreligger bevidst misinformation fra borgerens side (fejludbetalinger) og om uberettigede udbetalinger, hvor en borger bevidst har givet urigtige oplysninger, fortiet oplysninger eller undladt at opfylde sin oplysningspligt for derved at opnå en ydelse (socialt bedrageri).[5] Ofte vil forvaltningen i forbindelse med udøvelsen af sin kontrol ikke være klar over, om borgeren er i god eller ond tro. Sagsbehandlingen og tilgangen til borgeren vil derfor sædvanligvis være den samme, medmindre det fra start kan konstateres, at fejludbetalingen er forårsaget af forvaltningen. Da jeg i det følgende ser på problemstillinger i forbindelse med forvaltningens sagsbehandling ved udøvelse af kontrollen, sondrer jeg ikke mellem de to former for uberettigede udbetalinger.

Sager om uberettigede udbetalinger af ydelser kan være ubehagelige for borgerne, når forvaltningen behandler kontrolsagen, men kan også have alvorlige konsekvenser. Forvaltningen kan, i tilfælde af uretmæssig udbetaling af en social ydelse, under visse betingelser rette et tilbagebetalingskrav mod modtageren af ydelsen. Såfremt den uberettigede ydelse er opnået ved kriminel adfærd over for forvaltningen i form af bevidst afgivelse af urigtige oplysninger, fortielse af oplysninger eller undladelse af at opfylde oplysningspligt med forsæt til at opnå uberettiget udbetaling, vil forholdet evt. være omfattet af straffelovens § 289 a og kunne begrunde strafansvar og erstatningspligt.[6]

Alle politikere er enige om, at socialt bedrageri skal bekæmpes.[7] Ombudsmanden anerkender tillige, at socialbedrageri er et væsentligt samfundsproblem.[8] I to nyere udtalelser fra henholdsvis 2012 og 2013 kritiserer ombudsmanden imidlertid sagsbehandlingen i sager om socialt bedrageri og udtaler: »Myndighederne skal naturligvis forsøge at bremse socialt bedrageri. Men det må ikke ske på bekostning af en grundig undersøgelse af hver enkelt sag. Det er et væsentligt led i almindelig retssikkerhed.« I en situati-

[5] Jens Vedsted-Hansen behandler i artiklen *Socialbedragerisager*, UfR 1968B.329 spørgsmålet, hvornår en situation med rette kan betegnes som socialbedrageri.

[6] Straffelovens § 289 a blev i 2005 udvidet til at omfatte svig med rent nationale midler, og dermed sager om socialt bedrageri, jf. lov nr. 366 af 24.05.2005. Tidligere blev socialt bedrageri alene behandlet efter straffelovens almindelige bedrageribestemmelse i § 279. Se som eksempel på anvendelse af straffelovens § 289 a Retten på Bornholms dom af 18. januar 2011, hvor tiltalte blev idømt 30 dages betinget fængsel for socialt bedrageri pålydende 32.679 kr., jf. Domsresuméer på www.domstol.dk

[7] Se blandt andet forhandlingerne den 14. maj 2013 i forbindelse med forespørgsel nr. F27 om retssikkerhed ved sager om socialt bedrageri, FT 2012-13 samt forslag til vedtagelse 71 om socialt bedrageri vedtaget den 14. maj 2013.

[8] Jf. Ombudsmand Jørgen Steen Sørensen: *Socialbedrageri* og *Retssikkerhed*, læserbrev i JyllandsPosten den 31. maj 2012

on, hvor offentlige myndigheder kontrollerer borgere, og særligt hvor området har stor bevågenhed, og der er et ønske om at komme snyd til livs, er de retssikkerhedsgarantier, forvaltningsprocessen indeholder, helt centrale for, at kontrollen ikke medfører en krænkelse af det enkelte individ. Disse retssikkerhedsgarantier bliver imidlertid udfordret af forvaltningens forskellige roller ved behandling af kontrolsager, hvilket jeg vil uddybe i det følgende.

3. Problemstillingen – den retssikkerhedsmæssige udfordring

I vinteren 2013 bragte Danmarks Radio programserien »Aktion socialt bedrageri«, der følger sagsbehandlerne i en række kommuner i forbindelse med deres arbejde med kontrol af udbetaling af sociale ydelser. Udsendelserne gav anledning til en omfattende debat. De første to afsnit af programmet blev taget op i programmet Orientering på DR P1 i januar 2013.[9] I denne udsendelse kritiserer både lektor ved Aalborg Universitet Nina Von Hielmcrone og professor ved Københavns Universitet Kirsten Ketscher den materielle forståelse af de socialretlige regler samt den processuelle fremgangsmåde.[10] Kritikken går blandt andet på fortolkningen af de socialretlige regler, herunder kommunernes forståelse af begrebet »ægteskabslignende forhold«, og hvornår en person i lovens forstand er enlig forsørger. En stor del af deres kritik er endvidere rettet mod processen. Kirsten Ketscher udtaler om den måde, kommunerne håndterer sagerne på: »Jeg synes, at det her først og fremmest ligner et politiafhør«.[11] Hun finder, at »kommunen er interesseret i at få borgeren til at tilstå«, samt at den kommunale medarbejder ved hjælp af forskellige spørgsmål prøver »at provokere borgeren til at tilstå«. Hun anfører videre, at kommunen »nedbryder borgeren«, samt at det får karakter af »myndighedschikane«, hvorved kommunen ikke respekterer den enkelte borgeres værdighed.[12] Både Nina Von Hielmcrone og Kirsten Ketscher kritiserer myndighedernes manglende vejledning og vildledning af borgeren.

Nogle af de samme kritikpunkter går igen i ombudsmandens udtalelser i to sager om socialt bedrageri fra 2012[13] og 2013.[14] Begge sager vedrører

[9] Orientering den 25. januar 2013 kl. 17.11, *Kommuner stempler ulovligt enlige som sociale bedragere på DR1*, af Jesper Tynell.

[10] Tilsvarende kritik fremkommer Nina Von Hielmcrone med i seriens 8. afsnit (Aktion socialt bedrageri), som blev sendt på DR1 den 4. marts 2013.

[11] Jf. Kirsten Ketscher i Orientering den 25. januar 2013 kl. 17.11, *Kommuner stempler ulovligt enlige som sociale bedragere på DR1*. Hun udtaler endvidere i udsendelsen; at kommunen »påtager sig politilignede efterforskningsmetoder, som betyder, at man får nogle penge i kassen«.

[12] Jf. ibid.

[13] FOU 2012.0008.

[14] FOU 2013-4.

kvinder, der modtog en række sociale ydelser som reelt enlige. I begge sager modtog forvaltningen en anonym henvendelse om, at kvinden levede i et ægteskabslignende forhold, og indledte på baggrund heraf en undersøgelse. I sagen fra 2012 indkaldte kommunen kvinden til en samtale, hvor hun blev gjort bekendt med den anonyme henvendelse, og hun blev efterfølgende indkaldt til endnu et møde. Ombudsmanden kritiserede kommunen for væsentlige mangler ved sagsoplysningen og manglende vejledning af kvinden i forhold til, at hun ikke havde pligt til at udtale sig på grund af forbuddet mod selvinkriminering. I sagen fra marts 2013 kritiserede ombudsmanden blandt andet kommunen for manglede overholdelse af reglerne om forbud mod selvinkriminering, den selvstændige vægt på den anonyme anmeldelse, manglende vejledning og, i forlængelse heraf, usikkerhed med hensyn til, om sagen var tilstrækkeligt oplyst. I forlængelse af ombudsmandens udtalelse af 12. marts 2013 udsendte ombudsmanden en meddelelse,[15] hvor han opsummerede sine pointer fra de to udtalelser fra 2012 og 2013 og signalerer derved til forvaltningen, hvad den særligt skal være opmærksom på ved behandling af sager om socialt bedrageri.[16] Ombudsmanden fremhæver i den forbindelse vigtigheden af undersøgelsesprincippet, at anonyme anmeldelser ikke i sig selv kan indgå som bevis i en sag, reglerne om forbud mod selvinkriminering, partshøring og vejledningspligten.

Kritikken fra ombudsmanden, Nina Von Hielmcrone og Kirsten Ketscher er i høj grad rettet mod processen i kontrolsager. Forvaltningen har vanskeligt ved at jonglere de forskellige roller, den har, når den skal kontrollere, om borgere har snydt i forbindelse med opnåelse af sociale ydelser. Særligt udfordrende er det for den enkelte medarbejder at bevare neutraliteten, når en kontrol igangsættes på baggrund af en anonym anmeldelse. Det bliver ikke lettere af, at kommunerne har en åbenlys økonomisk interesse i afsløre borgere, der uretmæssigt modtager sociale ydelser.[17] Nogle af de grundlæg-

[15] Se nyhed fra Folketingets ombudsmand af 14. marts 2013: *Ny kritik fra ombudsmanden i sag om socialbedrageri*, jf. http://www.ombudsmanden.dk/find/nyheder/alle/ny_kritik_i_sag_om_socialbedrageri/

[16] Pointerne kan endvidere ses som retningslinjer for Ankestyrelsens prøvelse af kommunernes afgørelser på området. Politikerne har taget disse pointer til sig som retningslinjer for behandlingen af sager om socialt bedrageri, se således forhandlingerne den 14. maj 2013 i forbindelse med forespørgsel nr. F27 om retssikkerhed ved sager om socialt bedrageri, FT 2012-13.

[17] Se fx meddelelsen fra Aarhus kommune 1. juli 2013: *Socialt bedrageri for millioner*, hvor det oplyses, at kontrolmedarbejderne i Beskæftigelsesforvaltningen afslørede snyd for 28 millioner i 2012. Rådmand for Sociale forhold og Beskæftigelse Hans Halvorsen udtaler i den forbindelse »Vi bliver bedre og bedre til at spotte sociale bedragere [...] Vi har ikke for mange penge i kommunekassen, og da slet ikke på det sociale område. Derfor er det godt, at vi får krævet pengene tilbage, når der er tale om bedrageri. Socialt snyd skal bekæmpes med de midler, vi har til rådighed, og det er vi gode til«, jf. www.aarhus.dk/da/omkommunen/

gende retssikkerhedsgarantier, som skal sikre borgerne en ordentlig behandling, uanset hvad udfaldet af sagen måtte være, er undersøgelsesprincippet, forbuddet mod selvinkriminering og legalitetsprincippet. Disse principper har betydning for myndighedernes tilgang til borgeren og, som det vil fremgå af de følgende afsnit, er det alle retssikkerhedsgarantier, der på forskellig vis bliver udfordret af forvaltningens forskellige roller i kontrolsager.

4. Sagens oplysning – forvaltningens undersøgelsespligt

I dansk forvaltningsret gælder et undersøgelsesprincip eller officialprincip, som indebærer, at myndigheden har pligt til at sørge for, at en sag er tilstrækkeligt oplyst til, at der kan træffes en materielt rigtig afgørelse.[18] Princippet er ikke lovfæstet i den generelle forvaltningsret, men er en retsgrundsætning, som er udviklet gennem rets-, ombudsmands- og forvaltningspraksis. På det sociale område er officialprincippet kodificeret i § 10 i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område.[19] Princippet skal imidlertid fortsat fortolkes i overensstemmelse med officialprincippet i den generelle forvaltningsret.[20]

Officialprincippet anses for en grundlæggende retssikkerhedsgaranti for borgeren. Princippet pålægger myndighederne hovedansvaret for, at en sag er tilstrækkeligt oplyst. Forvaltningen har således pligt til at indhente de oplysninger, der er nødvendige, for at kunne træffe en rigtig afgørelse, og til at sikre, at de oplysninger, der indhentes, er pålidelige. Derfor kan anonyme henvendelser om socialt bedrageri ikke indgå i vurderingen af en sag med bevismæssig vægt, da forvaltningen, netop på grund af den anonyme karakter, ikke har mulighed for at undersøge deres pålidelighed. De anonyme henvendelser vil alene kunne danne grundlag for, at forvaltningen eventuelt igangsætter en undersøgelse af en sag.[21] Dette er grundlaget for, at ombudsmanden, i sagen fra marts 2013, kritiserer forvaltningen for at have tillagt den anonyme anmeldelse selvstændig betydning.[22]

---

nyheder/juli.

[18] Se Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret Sagsbehandling*, 6. udgave, 2007, s. 161ff., Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret, Retssikkerhed Proces Sagsbehandling*, 3. udgave, 2010, s. 365 ff., Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: *Forvaltningsret*, 2. udgave, 2002, s. 447 ff. og Rikke Gottrup: *Officialprincippet og sagsoplysning – mod øget borgerinddragelse?*, 2011, s. 157ff.

[19] Jf. Lovbekendtgørelse nr. 983 af 8. august 2013.

[20] Se herom Gottrup, op.cit. s. 297ff.

[21] Ombudsmanden udtaler således i FOU 2013-4: »Anonyme anmeldelser vil derimod kunne benyttes som anledning til overvejelser om, hvorvidt der i det hele taget bør indledes en sag«.

[22] Jf. FOU 2013-4 afsnit 6.2. Se endvidere om forvaltningens brug af anonyme oplysninger FOU 2003.552 og 1999.226 samt Gammeltoft-Hansen m.fl., op.cit. s. 451 og Rønsholdt op.cit. s. 380f. Se endvidere U2003.22.02V samt omtalen heraf i Gottrup, op.cit. s. 173.

Omfanget af sagsoplysning varierer fra sag til sag. Det beror på den enkelte sags karakter og omstændighederne i øvrigt, hvilke oplysningsskridt der skal foretages. Udgangspunktet ved vurderingen af, hvilke oplysninger der er nødvendige for at der kan træffes afgørelse i sagen, er det retsgrundlag, som afgørelsen skal træffes på baggrund af. Her ligger der en særlig retssikkerhedsmæssig udfordring i mange sociale sager, da reglerne ofte indeholder upræcise beskrivelser af fakta (som »enlig forsørger« og »ægteskabslignende forhold«[23]), der giver anledning til fortolkning eller indeholder et bredt myndighedskøn.[24] Jeg vil komme nærmere ind på de ofte vanskelige hjemmelgrundlag i socialretten nedenfor i afsnit 6, men vil kort nævne, at dette forhold gør det vanskeligt for forvaltningen at vurdere præcist, hvor langt den skal gå i sin undersøgelse af sagen. Bliver undersøgelserne for omfattende, risikerer myndigheden at overtræde nødvendighedskravet, som er en del af officialprincippet, hvorefter myndighederne kun skal indhente de oplysninger, som er nødvendige for sagens behandling.[25] Myndighederne skal ikke »snage« unødigt i borgernes privatliv ved undersøgelse af en sag om socialt bedrageri.[26] På den anden side risikerer forvaltningen kritik, såfremt sagsoplysningen ikke er tilstrækkeligt grundig, hvilket var tilfældet i de to nævnte ombudsmandssager. Intensiteten af den undersøgelse, forvaltningen skal foretage, har en sammenhæng med afgørelsens betydning for den enkelte borger. Jo mere alvorlig og byrdefuld en afgørelse er for borgeren, desto mere intensiv en undersøgelse af sagen skal gå forud for afgørelsen.[27] Afgørelsens indgribende betydning blev fremhævet som et argument for den utilstrækkelige sagsoplysning i ombudsmandens udtalelse fra 2012.[28] Der stilles imidlertid ikke krav til den måde, forvaltningens undersøgelse skal være mere intensiv på i indgribende sager.

[23] Jf. § 2, stk. 1, nr. 1 og § 10c, stk. 6 i lov om børnetilskud og forskudsvis udbetaling af børnebidrag (lbk nr. 856 af 23.08.2012). Se endvidere Nina Von Hielmcrones problematisering af de socialretlige begreber i *Uhensigtsmæssige forsørgelsesforhold i dansk socialret,* i Nordisk Socialrättslig tidsskrift, nr. 3-4, 2011, s. 129-156.

[24] Se om fortolkningen af begrebet »enlig« i børnetilskudsloven og pensionsloven FOU 2013-4. Ombudsmanden udtaler i den forbindelse, at der ikke er faste regler for vurderingen af, om en person er reelt enlig, men at det skal vurderes konkret i hver enkelt sag.

[25] Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., op.cit. s. 452ff., Garde m.fl., op.cit. s. 166ff., Rønsholdt op.cit s. 377ff. og Gottrup, op.cit. s. 178ff. Se fra ombudsmandens praksis fx FOU 1989.164 og 2005.215.

[26] Se artikel herom i Information den 25. juni 2013: *Kommuner stiller grænseoverskridende spørgsmål til enlige mødre*, hvor Nina Von Hielmcrone kritiserer Holbæk kommune for at stille irrelevante, grænseoverskridende eller direkte intimiderende spørgsmål.

[27] Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., op.cit. s. 453, Garde m.fl., op.cit. s. 168, Rønsholdt op.cit. s. 378 og Gottrup, op.cit. s. 182ff.

[28] Jf. FOU 2012.0008, se afs. 1.

I forbindelse med behandlingen af programmet »Aktion socialt bedrageri« i Orientering i januar 2013 blev chefen for borgerservice i Slagelse kommune, Kim Rasmussen, forelagt Kirsten Ketscher og Nina Von Hielmcrones kritik af kommunens sagsbehandling. Kim Rasmussen medgiver i udsendelsen, at kommunen har haft en forkert forståelse af de materielle regler. Men han mener, at det er en korrekt og god proces, samt at »den måde, kommunen griber sagerne an på er med til at sikre en fuld belysning af sagerne«.[29] På baggrund af ombudsmandens seneste udtalelser kan dette ræsonnement virke naturligt og juridisk rigtig. Efter min vurdering er denne fortolkning af officialprincippet imidlertid ikke korrekt. Forvaltningens pligt til at oplyse en sag pålægger ikke en fremfærd, hvor kommunernes møder med borgere får karakter af politiafhøringer, eller hvor sagsbehandlere provokerer eller truer borgere for at sikre, at alle sider af sagen er oplyst. Officialprincippet skal ses i samspil med de øvrige forvaltningsretlige regler, herunder reglerne om god forvaltningskik og vejledning. Officialprincippet siger ikke i sig selv noget om, hvordan en sag skal oplyses, men sætter rammerne for ansvarsfordelingen i forbindelse med en sags oplysning. Måden, sager oplyses på, varierer fra sag til sag, men uanset hvilke oplysningsmetoder, der anvendes, skal der tages højde for øvrige sagsbehandlingsregler i forvaltningsretten og vedrørende socialt bedrageri tillige de sagsbehandlingsregler, der er indeholdt i socialretten, særligt i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område.

Dette betyder, at forvaltningens generelle vejledningspligt, som følger af forvaltningsloven § 7, og på ulovbestemt grundlag, har betydning for sagsoplysningen.[30] Samspillet mellem vejledningspligten og officialprincippet betyder, at en myndighed skal vejlede en borger om, hvilke konkrete oplysninger, der vil have betydning for sagens afgørelse, herunder hvilke oplysninger og dokumentation der kan tale for, at borgeren ikke har begået socialt bedrageri.[31] Myndighederne har pligt til, på eget initiativ, at vejlede, hvis borgeren uden vejledning kan miste en rettighed, eller der i øvrigt er et relevant behov for vejledning.[32] Da sager om socialt bedrageri har stor betydning for den enkelte, og da reglerne på området ikke er klare, er kravene til

[29] Jf. Kim Rasmussen i Orientering den 25. januar 2013 kl. 17.11, *Kommuner stempler ulovligt enlige som sociale bedragere på DR1.*

[30] Se om vejledningspligten Kirsten Talevski: *God vejledning styrker borgernes retssikkerhed,* Folketingets Ombudsmands Beretning 2009, s. 23-27, Kirsten Talevski: *Vejledning og information,* i Bülow m.fl. *Forvaltningsloven 25 år*, 2012 s. 297-312, Michael Gøtze i Bülow m.fl. *Forvaltningsloven 25 år*, 2012 s. 131-146, Rønsholdt op.cit. s. 283 og Garde m.fl., op.cit. s. 155ff.

[31] Jf. FOU 2013-4, s. 10.

[32] Se blandt andet Talevski 2012, op.cit. s. 299.

myndighedernes vejledning skærpet.[33] Vejledningspligten skal sikre, at borgeren ikke bliver vildledt i mødet med forvaltningen. For at dette ikke skal ske, er partshøringspligten i fvl. § 19 endvidere af betydning. Forvaltningen skal på baggrund heraf sikre, at borgeren er bekendt med alle oplysninger i sagen, som er til ugunst for borgeren og af væsentlig betydning for sagens afgørelse, herunder den eventuelle anonyme anmeldelse, der er baggrunden for, at myndighederne tager sagen op. Ombudsmanden har i flere udtalelser pointeret, at partshøring af borgeren ikke er en afhøring af parten, men at formålet i stedet er at give borgeren mulighed for at korrigere eventuelle fejl, gøre opmærksom på huller eller selvmodsigelser i de indhentede oplysninger og pege på bevismæssig usikkerhed.[34] Han finder det ikke foreneligt med formålet med partshøringspligten, at parten samtidig med partshøringen udspørges uddybende eller bliver indskærpet sin oplysningspligt.[35]

På det sociale område er det endvidere relevant at nævne dialogprincippet, der følger af § 4 i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (retssikkerhedsloven).[36] Det følger heraf, at borgeren skal have mulighed for at medvirke ved behandlingen af sin sag, samt at kommunerne skal tilrettelægge behandlingen af sagerne på en sådan måde, at borgeren kan udnytte denne mulighed. I forarbejderne til retssikkerhedslovens § 4 beskrives det som et element af borgerens medindflydelse, at forvaltningen skal have respekt for borgeren, hvilket skal afspejles i den måde, forvaltningen behandler en sag på, samt at medindflydelse forudsætter en god dialog og en åben og gennemskuelig beslutningsproces.[37] De faglige og juridiske overvejelser, myndigheden gør sig, skal fremægges for borgeren med henblik på, at borgeren kan argumentere ud fra sin egen opfattelse af sit liv og sin situation.[38] Dialogprincippet indeholder således elementer af åbenhed, gennemskuelighed og vejledning. På baggrund af både de generelle forvaltningsretlige regler samt de særlige processuelle regler i socialretten, skal forvaltningen klart og tydeligt forklare borgeren, hvad sagen drejer sig om, så borgeren bedst muligt kan varetage sine interesser. Processen skal være åben og klar, så det står borgeren klart, hvad det er, forvaltningen er i gang med at undersøge. Dette betyder blandt andet, i sager rejst på baggrund af

[33] Se således Talevski 2012, ibid. s. 301.

[34] Se således FOU 2001.443 og FOU 2012.0008.

[35] Jf. FOU 2001.443 og FOU 2012.0008.

[36] Se mere generelt om retssikkerhedslovens § 4 Gottrup, op.cit. s. 291ff, Jon Andersen: *Social Forvaltningsret*, 3. udgave, 2010, s. 273ff., Kirsten Ketscher: *Socialret-princippet, rettigheder, værdier*, 3. omarbejdede udgave, 2008, s. 322ff. samt *Undersøgelse af retssikkerhedslovens § 4, Endelig rapport, april 2004, Socialministeriet*, udarbejdet af Nicolaj Ejler, Steffen Bohni Nielsen og Chris Enrico Petersen, Rambøll Management.

[37] Jf. FT 1996-97, Tillæg A, sp. 4870.

[38] Jf. Jon Andersens fortolkning af dialogprincippet, jf. Andersen, op.cit. s. 274.

en anonym anmeldelse, at borgeren forud for et møde med kommunen skal have tilsendt den anonyme anmeldelse. Hvis dette ikke sker, vil borgeren ikke have mulighed for at indgå i en reel dialog omkring afklaring af de rejste beskyldninger.

Har forvaltningen ved behandling af kontrolsager om socialt bedrageri primært fokus på sin rolle som opklarer eller efterforsker, risiker den at tilsidesætte nogle for borgeren væsentlige retssikkerhedsgarantier, der skal sikre, at sagen oplyses bredt, herunder at der findes frem til oplysninger, der taler imod socialt bedrageri. En mere ensidig fokusering på rollen som efterforsker risikerer også at krænke borgeren som person. Ved indsamling af oplysninger i en sag skal forvaltningen, foruden de nævnte forhold omkring partshøring og vejledning, endvidere sikre sig, at dens handlinger og opførsel er i overensstemmelse med god forvaltningsskik. God forvaltningsskik omfatter normer for forvaltningens faktiske adfærd og har derfor karakter af adfærdsnormer eller professionsetiske regler, der supplerer de skrevne regler eller retsgrundsætninger. Retten til høflig og hensynsfuld behandling er i dansk ret en del af god forvaltningsskik.[39] At forvaltningen skal være høflig betyder fx, at en sagsbehandler ikke må provokere eller true, for at få en sag tilstrækkeligt oplyst. Tonen i forhold til borgeren skal være imødekommende – også i en situation, hvor forvaltningen er kontrolmyndighed. Forvaltningen skal optræde venligt og hensynsfuldt og skabe tillid.[40]

En tilstrækkeligt grundlig undersøgelse af en sag er afgørende for at sikre både en korrekt afgørelse og den enkelte borgers retssikkerhed. Officialprincippet pålægger myndighederne ansvaret for, at sagen er tilstrækkeligt oplyst, men den enkelte sagsbehandler skal være opmærksom på de forskellige roller, kontrolsager om socialbedrageri sætter forvaltningen i, og skal derfor, ved indsamling af oplysninger i en sag, være opmærksom på at se officialprincippet i lyset af forvaltningsrettens øvrige regler, herunder regler om tilgangen til borgeren, så metoderne til sagens oplysning ikke kommer til at krænke den enkelte borger. Risikoen herfor vil ofte være større i kontrolsager, som indledes på baggrund af en mistanke til borgeren. Nogle af de særlige omstændigheder, der kan optræde i kontrolsager og komplicere sagsoplysningen yderligere, er borgerens oplysningspligt og forbuddet mod selvinkriminering, som jeg vil behandle i det følgende.

[39] Se Hans Gammeltoft-Hansen: *God forvaltningsskik*, Folketingets Ombudsmands Beretning 2010, s. 9-13 og Hans Gammeltoft-Hansen: *God forvaltningsskik i samspillet med borgerne*, i *Etik, ansvar og værdier i den offentlige sektor – en debatbog*, Finansministeriet 2000.

[40] Jf. FOU 2013-4.

5. Forbuddet mod selvinkriminering

En grundlæggende problemstilling i kontrolsager er dilemmaet mellem borgerens oplysningspligt og borgerens ret til ikke at afgive oplysninger, der kan have betydning for bedømmelse af et muligt strafbart forhold (forbuddet mod selvinkriminering). I mange situationer vil borgeren bære et retligt ansvar for at medvirke til en sags oplysning i kraft af særregler, der indeholder en egentlig oplysningspligt for borgeren. På det sociale område følger en generel oplysningspligt af § 11, stk. 2 i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, hvoraf fremgår, at »[p]ersoner, der får hjælp, har pligt til at oplyse om ændringer, der kan have betydning for hjælpen«. Borgeren vil derudover generelt i ansøgningssager være underlagt et krav om øget deltagelse i fremskaffelsen af oplysninger, medmindre borgerens manglende medvirken skal tillægges processuel skadevirkning, når afgørelsen skal træffes.[41] Det retlige grundlag for disse pligter skal søges i regler inden for særlovgivningen om lovbestemt oplysningspligt eller i de øgede krav om medvirken, der på grundlag af udviklingen i retspraksis stilles til borgeren i ansøgningssager, som er indledt på borgerens eget initiativ, og hvor borgeren derfor anses for at have en udvidet pligt til at deltage i sagsoplysningen. På trods af disse specifikke regler om, at borgeren har pligt til at medvirke til sagens oplysning eller fremkomme med specifikke oplysninger om fx ændrede samlivsforhold, er der situationer, hvor borgeren har ret til ikke at afgive oplysninger. Dette er tilfældet i situationer, hvor forvaltningen har en mistanke om, at borgeren har begået et strafbart forhold.

Selvinkrimineringsgrundsætningen blev i 2004 indskrevet i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter (tvangsindgrebsloven) i lovens § 10, stk. 3 og dermed lovfæstet i forvaltningsretten.[42] Af bestemmelsen fremgår, at såfremt der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse, jf. tvangsindgrebslovens § 10, stk. 1. Dette gælder, uanset om myndigheden selv har adgang til at søge et eventuelt strafbart forhold afsluttet ved administrativ bøde, eller er henvist til at lade en videre behandling overgå til politiet. For så vidt angår socialt bedrageri, kan myndighederne, efter § 12b i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område,

[41] Se således Garde m.fl., op.cit. 205f.

[42] Se generelt om forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten Jens Møller: *Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten?*, Forhandlingerne ved det 37. Nordiske Juristmøde i Reykjavík 18.-20. august 2005, Bind 1, s. 275-297 samt Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003.

give borgeren en bøde for ikke at opfylde sin oplysningspligt efter lovens § 11, stk. 2. Socialt bedrageri kan endvidere straffes efter straffeloven, hvis forholdet omfattes af straffelovens bedrageribestemmelse om socialt bedrageri, jf. straffelovens § 289 a.

I sager, hvor en borger, muligvis uberettiget, har modtaget sociale ydelser, som myndighederne har til hensigt at kræve tilbagebetalt, kan der være grundlag for efterfølgende at rejse en straffesag mod borgeren for socialt bedrageri. Det følger af tvangsindgrebsloven, at en myndighed skal vejlede den mistænkte om, at vedkommende ikke har pligt til at meddele oplysninger, som kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse, jf. tvangsindgrebslovens § 10, stk. 3. Myndighedens pligt til at vejlede og borgerens ret til ikke at udtale sig indtræder, hvis myndigheden har en »konkret mistanke«[43] om et strafbart forhold. Om myndigheden efterfølgende vælger at anmelde forholdet til politiet eller ej er uden betydning for pligten i henhold til tvangsindgrebslovens § 10, stk. 3. Ombudsmanden kritiserede, både i sagen fra 2012 og 2013, myndighederne for manglende vejledning efter tvangsindgrebslovens § 10, stk. 3 om, at de pågældende ikke havde pligt til at give oplysninger, samt at et evt. samtykke til at meddele oplysninger skal gives skriftligt.[44]

Forud for tvangsindgrebslovens indførelse var der ikke uden for strafferetsplejen fastsat generelle lovbestemmelser om forbuddet mod selvinkriminering.[45] Forbuddet mod selvinkriminering er en fundamental retssikkerhedsgaranti, som har sit ophav i menneskerettighederne. Retten fremgår ikke direkte af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 om retten til en retfærdig rettergang, men er af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blevet indfortolket i bestemmelsen, da domstolen anerkender, at retten til ikke at udtale sig og til ikke at inkriminere sig selv er generelt anerkendte internationale standarder og udgør centrale elementer i retten til en retfærdig rettergang.[46] Retten til ikke at inkriminere sig selv stammer fra strafferetsplejen og forudsætter, at anklagemyndigheden skal bevise den anklages skyld uden at gøre brug af beviser, der er tilvejebragt ved forskellige former for tvang i strid med den anklagedes egen vilje. Herved er retten tæt knyttet til uskyldsformodningen, der er beskyttet af Menneskerettighedskonventionens art. 6, stk. 2, hvoraf følger, at en anklaget er uskyldig, til andet er bevist.[47]

[43] Se om begrebet mistanke Ole Hasselgaard, Jens Møller og Jørgen Steen Sørensen: *Retssikkerhedsloven med kommentarer*, 2005, s. 178ff.

[44] Jf. FOU 2012.0008 og FOU 2013-4.

[45] Jf. Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003, af. 6.1.

[46] Jf. Møller, op.cit. s. 279ff. og Jacobs, White & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, 5. udgave, 2010, s. 282ff.

[47] Jf. Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003 afs. 6.2.1.

Et centralt element i retssikkerheden ved domstolene er, at civil- og straffeprocessen er partsprocesser, hvor den endelige afgørelse foretages af en neutral tredjepart. Dommerens upartiskhed er grundpille i sikringen af en retfærdig rettergang.[48] Modsat domstolssystemet, er det i forvaltningen samme myndighed, der ofte både rejser, undersøger og afgør en sag. Dette vil oftest være tilfældet med sager om socialt bedrageri og andre kontrolsager. Forbuddet mod selvinkriminering er en grundlæggende retssikkerhedsgaranti, men der er grund til at overveje, hvad den praktiske gennemførelse af princippet har af betydning i forvaltningsretten, hvor det er samme myndighed, der undersøger og afgør den forvaltningsretlige sag. Det kan overvejes, hvordan en forvaltningsmedarbejder vil reagere, såfremt en borger henholder sig til retten til ikke at afgive oplysninger efter tvangsindgrebslovens § 10, stk. 1. Der ligger et krav om objektivitet i myndighedernes oplysning af en sag. Det kan imidlertid være vanskeligt, rent menneskeligt, ikke at lade en nægtelse af at afgive oplysninger få indflydelse på den efterfølgende undersøgelse af sagen og i sidste ende den afgørelse, forvaltningen træffer. Spørgsmålet om neutralitet og upartiskhed i forvaltningens behandling af sager er ikke traditionelt et emne, der har dannet grundlag for mere omfattende diskussion.[49] Bent Christensen skrev dog allerede tilbage i 1958, at »[d]e formål, forvaltningen er sat til at tilstræbe, i vidt omfang [må] opnås på tværs af privates interesser, og dette forhold kan meget vel psykologisk påvirke forvaltningspersonellet«.[50] Han anfører videre, at den funktionelle partiskhed klarest kommer frem, hvor der ikke i befolkningen som helhed findes nogenlunde enighed om, hvad der er samfundsnyttigt, og her kan der være en risiko for, at forvaltningens personel kan »blive præget af en vis korstogsmentalitet«.[51] Siden Bent Christensens udtalelse har vi fået en tættere retlig regulering af forvaltningsprocessen, både inden for den generelle forvaltningsret og i socialretten. Forvaltningens funktionelle partiskhed fremhæves dog også i den nyere forvaltningsretlige teori under henvisning til, at forvaltningen skal varetage nogle mere eller mindre specifikke samfundsformål. Dette kan få indflydelse på deres prioritering af hensyn, når individets interesser kolliderer med de samfundsinteresser, forvaltningen skal varetage.[52]

[48] Dette helt grundlæggende processuelle princip fremgår blandt andet af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 6, stk. 1, hvoraf følger, at enhver har ret til en retfærdig rettergang ved en uafhængig og upartisk domstol.

[49] Problemstillingen synes ikke at have fyldt meget i de retspolitiske debatter om forvaltningsprocessens udformning, jf. Gottrup, op.cit. s. 112.

[50] Jf. Bent Christensen: *Nævn og Råd*, 1958, s. 41f.

[51] Jf. Christensen, op.cit. s. 42.

[52] Se fx Rønsholdt op.cit. s. 82. og Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt: *Retsanvendelse og retssikkerhed – en introduktion*, 1987, s. 103f.

Ofte vil de medarbejdere i forvaltningen, der behandler sager om socialt bedrageri, have kontrolopgaver som deres primære opgave. Et af de samfundsmål, disse medarbejdere skal varetage, er at sikre, at ydelser alene gives til de borgere, der er berettiget til dem. Forvaltningens forskellige roller kan i denne sammenhæng, hvor samme myndighed både undersøger og afgør sagen, have betydning for sagsbehandlerens vurdering af sagen, hvis en borger vælger ikke at udtale sig, fordi pågældende henholder sig til sin ret til ikke at inkriminere sig selv. Sagsbehandleren kan på baggrund heraf få en fornemmelse af, at borgeren skjuler noget, hvilket kan få betydning for den videre undersøgelse – trods officialprincippets krav om neutralitet – og afgørelsen af sagen. Det kan overvejes, hvilken bevismæssig betydning en borgers manglende udtalelse kan tillægges, om nogen. Det er imidlertid fortsat forvaltningens ansvar at oplyse sagen – og ikke kun underbygge en eventuel mistanke om socialt bedrageri, men også at søge eventuelle oplysninger, der taler mod socialt bedrageri, også selvom borgeren har henholdt sig til retten til at tie på baggrund af forbuddet mod selvinkriminering. Dette er en vanskelig opgave for en sagsbehandler, som på ingen måde bliver lettere, hvis det retlige grundlag for afgørelsen er meget upræcist, som tilfældet er med flere af de socialretlige regler. I det følgende vil jeg kort kommentere netop betydningen af reglernes udformning for processen med oplysning af en sag om muligt socialt bedrageri.

6. Legalitetsprincippet – og betydningen af reglers udformning

Legalitetsprincippet er helt grundlæggende i et demokratisk retssamfund og retssikkerheden for den enkelte borger. Princippet regulerer de retlige aspekter af forholdet mellem den lovgivende og den udøvende magt. Af legalitetsprincippet følger, at forvaltningen ikke kan træffe afgørelse eller handle uden den fornødne bemyndigelse fra lovgivningsmagten (hjemmelskravet).[53] Den nærmere afgrænsning af kravet om lovhjemmel rejser nogle spørgsmål, herunder hvilken klarhed der må kræves i retsgrundlaget, for at forvaltningen kan anses for tilstrækkeligt legitimeret. Det er i den forbindelse anerkendt, at kravet om hjemmel ikke har det samme indhold i alle tilfælde.[54]

Legalitetsprincippets krav om, at forvaltningen skal have hjemmel for at kunne foretage handlinger, er helt grundlæggende for retssikkerheden. Reglernes udformning har imidlertid betydning for retssikkerheden i processen

[53] Se Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret Almindelige emner*, 5. udgave, 2009, s. 150 og Henrik Zahle: *Dansk forvaltningsret 2, Regering forvaltning og dom*, 3. udgave, 2007 s. 25ff. Indholdet af legalitetsprincippet, som retligt begreb, er omdiskuteret, se herom blandt andet Jacob Graff Nielsen: *Legalitetsprincippets byggesten – er fundamentet i orden*, Juristen nr. 4, 2004, s. 163-175.

[54] Jf. Garde m.fl. 2009, op.cit., s. 174.

med behandling af sager efter den pågældende bestemmelse. Socialretten er på en række områder præget af regler med mere upræcise begreber, der giver anledning til fortolkning, eller meget skønsmæssige bestemmelser.[55] Lovgiver har herved givet forvaltningen en bemyndigelse til at lægge de nærmere og mere detaljerede grænser for reglerne. Der er et tæt samspil mellem de materielle og de processuelle regler, når en sag skal oplyses. Hvis den enkelte regel er meget præcist udformet, vil kontakten til borgeren været præget af meget konkrete spørgsmål om fx alder, bopæl og lignende for at sikre, at reglen er opfyldt, fx ved tildeling af pension. Hvis den regel, som afgørelsen skal træffes på baggrund af, overlader et betydeligt skøn eller en høj grad af fortolkning til myndigheden, vil tilgangen til borgeren være en anden og ofte mere diffus. Hvis begrebet »ægteskabslignende forhold« eller »enlig forsørger« fx ikke er præcist defineret, eller der ikke er en fast forståelse af begrebet, vil sagsbehandlere nemt komme til at spørge om forhold, som ikke er relevante, og som vil være en krænkelse af den enkeltes privatliv. Man kan risikere at det rum, lovgivningen giver forvaltningen til at skønne eller fortolke, kommer til at betyde at myndighederne præger sagerne i en given retning, som kan være påvirket af det overordnede økonomiske mål. Risikoen er større, da samme myndighed – og ofte samme sagsbehandler – i disse sager har flere roller, blandt andet som undersøger af sagen samt afgørelsesmyndighed. I sager om socialt bedrageri kan dette betyde, at sagsbehandleren (ubevidst) for ensidigt søger oplysning, der bekræfter, at der foreligger socialt bedrageri.

I de skønsmæssige afgørelser om sociale ydelser, som forvaltningen træffer, vil økonomi oftest være et lovligt hensyn at inddrage.[56] Det kan imidlertid overvejes, om hensynet til effektivitet og økonomi i nogle afgørelser får for stor vægt og bliver for afgørende for myndighedernes sagsbehandling og afgørelser. Kommunerne er i dag underlagt en høj grad af økonomisk styring, og fokus på at få krævet uberettiget udbetalte ydelser tilbage er blevet større.[57] Det kan risikere at blive styrende for myndighederne på en anden

[55] Fx »enlig forsørger« og »ægteskabslignende forhold«, jf. § 2, stk. 1, nr. 1 og § 10c, stk. 6 i lov om børnetilskud og forskudsvis udbetaling af børnebidrag (lbk nr. 856 af 23.08.2012). Se endvidere Nina Von Hielmcrones problematisering af de socialretlige begreber i *Uhensigtsmæssige forsørgelsesforhold i dansk socialret,* i Nordisk Socialrättslig tidsskrift, nr. 3-4, 2011, s. 129-156.

[56] Se for så vidt angår tjenesteydelser, kommer accepten af hensynet til det offentliges økonomi meget tydeligt frem i Østre Landsrets dom af 24. oktober 2012 vedr. kvalitetsstandarder for personlig hjælp og praktisk hjælp m.v. i henhold til § 83 i serviceloven. Her anfører landsretten, at bestemmelsen overlader et betydeligt skøn, herunder med hensyn til faglige og økonomiske hensyn, hvorfor det var i orden, at kommunen ved fastsættelse af standarder også inddrog hensynet til kommunens økonomi.

[57] Se s. 208 i Nina Von Hielmcrone og Trine Schultz: *Retssikkerhedsproblemer i socialretten*, i Munk-Hansen og Schultz (red): *Retssikkerhed – i konkurrence med andre hensyn*,

måde, end lovgivningen forudsætter.[58] Dette hænger sammen med det meget brede skønsmæssige hjemmelsgrundlag, kommunerne ofte har på det sociale område. Med så bred en skønsmæssig margin eller upræcise sproglige bestemmelser risikerer et hensyn som økonomi at få for stor vægt, ikke fordi det har været hensigten med loven, men fordi det er en overordnet dagsorden, som kommunen og den enkelte sagsbehandler er underlagt. I situationer, med upræcise materielle regler og forvaltningsskøn, er opretholdelsen af de retssikkerhedsmæssige krav til forvaltningsprocessen vigtigere, da processen i disse situationer skal sikre, at der træffes en korrekt afgørelse på trods af det upræcise hjemmelsgrundlag.[59] De problemer med forvaltningsprocessen, som er behandlet i artiklens tidligere afsnit, bliver så meget desto mere problematiske for den enkelte borgers retssikkerhed, når afgørelsen netop skal træffes på baggrund af upræcise regler eller et skøn.

7. Konklusion og fremtidsperspektiver

Det er helt centralt for velfærdsstatens legitimitet, at myndighedernes forvaltning af offentlige midler er forsvarlig, samt at midlerne gives til dem, der har behovet, og som lovgiver har haft til hensigt skulle være modtager af ydelserne.[60] Kontrollen med udbetaling af ydelser skal imidlertid også være forsvarlig og sikre en ordentlig behandling af borgerne. Forvaltningsretten opstiller en række retssikkerhedsgarantier, som skal være med til at sikre, dels at der træffes materielt rigtige afgørelser, herunder afgørelser om tilbagebetaling af uberettiget udbetalte ydelser, dels at processen frem mod afgørelsen forløber på en måde, så sagen oplyses tilstrækkeligt, samt at borgeren samtidig bliver behandlet på en værdig måde. De generelle forvaltningsretlige regler tager imidlertid primært sigte på den situation, hvor forvaltningen i første omgang træffer en afgørelse i forhold til en borger.

2012, s. 197-221. En del af formålet med etableringen af Udbetaling Danmark har været, at intensivere indsatsen mod socialt bedrageri, jf. notat for social- og integrationsministeren: *Udbetaling Danmark og Socialt bedrageri*, Socialudvalget 2011-2012, L 86 bilag 8 og L 87 bilag 8. Se endvidere *Aftale om en styrket indsats mod socialt bedrageri* vedtaget af daværende regering den 7. november 2010 på baggrund af Rapport fra det tværministerielle udvalg om bedre kontrol. Et nyere eksempel er en rapport fra Københavns kommune: *Analyse af tildeling og udbetaling af sociale ydelser i Københavns kommune – anbefalinger til en styrkelse af kontrolområdet* udarbejdet i forbindelse med projekt styrkelse af den borgerrettede kontrol, august 2013.

[58] Se herom Hielmcrone og Schultz. op.cit. s. 206 ff.

[59] Se Rønsholdt, op.cit. s. 86, hvor han skriver: »jo højere grad af regelbinding, hjemmelsgrundlaget repræsenterer [...], jo mindre retssikkerhedsmæssigt relevant bliver proceskravene [...]I jo højere grad den materielretlige del af retsgrundlaget omvendt er af usikker karakter, desto mere betones de retssikkerhedsmæssige krav til processen«.

[60] Se ligeledes Hielmcrone og Shultz, op.cit. s. 206.

Jeg har ovenfor diskuteret nogle af de retssikkerhedsmæssige problemer, kontrolsager om socialt bedrageri rejser, når de skal behandles i en forvaltningsretlig kontekst. Jeg har særligt forsøgt at problematisere de mange roller, forvaltningen har i behandlingen og afgørelsen af disse sager – særligt forvaltningens rolle som »efterforsker«. I forbindelse med undersøgelsen af sagerne risikerer sagsbehandler at fokusere på oplysninger og spørgsmål til borgeren, der kan bekræfte en mistanke om, at en ydelse er udbetalt uberettiget, samt at borgeren har været vidende herom og har bidraget hertil ved enten passivt at have fortiet oplysninger eller aktivt at have givet urigtige oplysninger. Denne risiko er større, hvis sagen indledes på baggrund af en anonym anmeldelse, og såfremt sagsbehandleren arbejder i en kontrolgruppe inden for kommunen, der har et økonomisk sigte om at indbringe kommunen penge. Forvaltningen risikerer i denne situation, som det er kommet frem i flere ombudsmandsudtalelser, at gøre sagsoplysningen til en »efterforskning« og overse de forvaltningsretlige regler om partshøring, (herunder den form, en partshøring må antage), vejledning og god forvaltningsskik, ligesom nødvendighedskravet, som en del af officialprincippet, risikerer at blive overtrådt ved for omfattende og indgående spørgsmål til borgeren. Jeg har endvidere problematiseret selvinkrimineringsforbuddet og de muligvis negative følger, det kan have for den videre behandling af en kontrolsag om socialt bedrageri, såfremt en borger vælger ikke at udtale sig. Endelig har jeg kommenteret betydningen af reglernes upræcise udformning og de store skønsmæssige beføjelser, som en stor del af socialretten indeholder. Det fremhæves blandt andet, at reglernes udformning har en stor betydning for processen omkring sagsoplysningen, samt at risikoen for at tillægge hensynet til økonomi for meget vægt ved behandlingen af sagerne er til stede. Sammenfattende kan det konkluderes, at der er nogle retssikkerhedsmæssige udfordringer, når kommunerne skal undersøge sager om muligt socialt bedrageri, som efter min vurdering i høj grad kan tilskrives de forskellige roller, kommunerne indtager ved behandling af disse sager, særligt rollen som »efterforsker«, og at de forvaltningsretlige regler i denne situation kan være vanskelige for forvaltningen at overholde og muligvis ikke i tilstrækkelig grad beskytter borgerne.

Med virkning fra 1. oktober 2012 blev en ny myndighed etableret: Udbetaling Danmark.[61] Dette har betydning for behandlingen af sager om muligt socialt bedrageri. Udbetaling Danmark har overtaget udbetalingen af en række ydelser, herunder myndighedsansvaret for familieydelser pr. 1. oktober 2012. Det er tanken, at Udbetaling Danmark skal »samle dele af den objektive sagsbehandling i en storordningsorganisation«.[62] Med etableringen

[61] Jf. lov om Udbetaling Danmark, lov nr. 324 af 11. april 2012. Se om etableringen af Udbetaling Danmark endvidere *Årsrapport 2012, Udbetaling Danmark,* juni 2013.

[62] Jf. s. 4 i *Sådan etablerer vi Udbetaling Danmark*, Udbetaling Danmark, 2012.

af Udbetaling Danmark er der indført en ny samarbejdsmodel om socialt bedrageri, som derfor i dag skal ske i tæt samarbejde mellem kommunerne og Udbetaling Danmark.[63] Tanken er, at kommunerne kan foretage kontrol af sociale sager og udnytte deres kendskab til lokalområdet eller nærheden til borgeren, når en sag om socialt bedrageri skal oplyses, mens Udbetaling Danmarks kan styrke og ensarte oplysningen af sagerne på tværs af kommunerne og udnytte sin ekspertise til at samkøre flere data.[64] Politikerne sætter deres lid til, at etableringen af Udbetaling Danmark vil mindske problemerne med sager om socialt bedrageri, herunder at borgerne fremadrettet vil få samme vejledning, og at afgørelserne træffes ud fra en ensartet praksis, uanset hvor i landet man bor.[65] Samtlige af Folketingets partier, med undtagelse af Enhedslisten, vedtog den 14. maj 2013 et forslag til vedtagelse, hvori »Folketinget konstaterer, at etableringen af Udbetaling Danmark udgør det fremadrettede grundlag for en mere ensartet kontrolinstans på tværs af kommuner og en række af de centrale ydelsesområder.«[66]

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget om Udbetaling Danmark, at Udbetaling Danmark som myndighedsansvarlig skal træffe afgørelse i sagerne om tilbagebetaling af sociale ydelser, der er modtaget uberettiget og mod bedre vidende, og vil være ansvarlig for overholdelse af de processuelle sagsbehandlingsregler i forvaltningsloven og almindelige forvaltningsretlige principper. Det vil imidlertid som udgangspunkt fortsat være kommunerne, der står for sagernes oplysning.[67] Etableringen af Udbetaling Dan-

[63] Jf. lov om Udbetaling Danmark §§ 9-11 om samarbejde med kommunen om kontrol og oplysning af tilbagebetalingssager. Udbetaling Danmark har overtaget myndighedsansvaret for sager om tilbagebetaling af sociale ydelser på deres sagsområder, herunder i forbindelse med om en borger skal betegnes som reelt enlig, eller har uoplyste indtægter af en sådan størrelse, at de vil påvirke størrelsen på den udbetalte hjælp, jf. s. 25 i bemærkningerne til forslag til lov om sagsbehandling og administration i Udbetaling Danmark (Udbetaling Danmark-loven), L 86, FT 2011-2012.

[64] Jf. s. 1 i notat for social- og integrationsministeren: *Udbetaling Danmark og Socialt bedrageri*, Socialudvalget 2011-2012, L 86 bilag 8 og L 87 bilag 8. Se endvidere s. 11 og 25-30 i forslag til lov om sagsbehandling og administration i Udbetaling Danmark (Udbetaling Danmark-loven), L 86, FT 2011-2012.

[65] Jf. fx tidligere social- og integrationsminister Karen Hækkerups kommentarer under forhandlingerne af F27 Om retssikkerhed ved sager om socialt bedrageri den 14. maj 2013, FT 2012-2013.

[66] Jf. Forslag til vedtagelse V71 Om socialt bedrageri, FT 2012-2013. Det fremhæves dog tillige, at der er nedsat en arbejdsgruppe, som skal komme med løsningsforslag omhandlende bedre vejledning til borgere og myndigheder og forslag til, hvordan man mest effektivt kan nedbringe antallet af fejludbetalinger og snyd ved udbetalingen af ydelser.

[67] Jf. § 11 i lov om Udbetaling Danmark samt s. 65-67 i bemærkningerne til forslag til lov om sagsbehandling og administration i Udbetaling Danmark (Udbetaling Danmark-loven), L 86, FT 2011-2012. Kommunens oplysning af sagen skal ske efter anmodning fra Udbeta-

mark og centreringen af myndighedsansvaret i kontrolsager vedrørende socialt bedrageri kan være en styrkelse af retssikkerheden i forbindelse med sagernes afgørelse, da der sker en ensretning af sagerne, herunder af afvejningen af de forskellige oplysninger i sagerne samt den bevismæssige vægt, de enkelte oplysninger skal tildeles. Men de i denne artikel fremhævede retssikkerhedsmæssige problemer i forbindelse med processen med kontrolsagers behandling og særligt indsamlingen af oplysninger vil fortsat være relevante. Det vil fortsat være kommunerne, der rent praktisk skal foretage sagsoplysningen og dermed en form for efterforskning af disse sager. Der er ikke, med etableringen af Udbetaling Danmark, gjort op med de udfordringer, der opstår, når en forvaltningsmyndighed (kommunerne) skal være »kontrolmyndighed« i en traditionel forvaltningsretlig ramme.

Det kan overvejes, om der er behov for nye regler på området. Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at der fastsættes objektive og saglige kriterier for udvælgelsen af personer til kontrol af misbrug af sociale ydelser, så enkeltpersoner, der kan udtages til kontrol, søges afgrænset og baseret på konkrete data, samt at det i den forbindelse præciseres, hvilke (egnede) oplysninger myndighederne kan anvende som led i kontrol.[68] Særligt det sidste element, tror jeg, vil have en gavnlig effekt for retssikkerheden for den enkelte borger, men også give en tryghed for sagsbehandleren i arbejdet med kontrolsager. Mere generelt mener jeg, at et vigtigt element i at opretholde retssikkerheden for den enkelte borger og sikre efterlevelsen af de forvaltningsretlig regler, er betoningen af forvaltningens objektivitet – også når forvaltningen fx på baggrund af en anonym anmeldelse om socialt bedrageri skal undersøge, om der er sket en uberettiget udbetaling af en ydelse. Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik indeholder et objektivitetskrav og en bestemmelse om uvildighed og uafhængighed i administratio-

---

ling Danmark, men der er netop i den etablerede samarbejdsmodel lagt op til, at kommunernes kendskab til lokalområdet eller nærheden til borgeren skal udnyttes i behandling af sager om socialt bedrageri, jf. notat for social- og integrationsministeren: *Udbetaling Danmark og Socialt bedrageri*, Socialudvalget 2011-2012, L 86 bilag 8 og L 87 bilag 8. Myndighedsansvaret er noget specielt udformet i lov om Udbetaling Danmark, da kommunen, ifølge forarbejderne til lovforslaget, vil have et selvstændigt myndighedsansvar for at tilrettelægge og oplyse tilbagebetalingssager på Udbetaling Danmarks sagsområde, såfremt Udbetaling Danmark overlader hele eller dele af sagsoplysningen til kommunen. Det fastholdes imidlertid, at Udbetaling Danmark har ansvaret for at sikre, at der er fortaget partshøring af borgeren, idet det fremhæves, at partshøringen er et sagsbehandingsskridt, der har tæt sammenhæng med den endelige afgørelse om tilbagebetaling, jf. s. 27-28 i bemærkningerne til forslag til lov om sagsbehandling og administration i Udbetaling Danmark (Udbetaling Danmark-loven), L 86, FT 2011-2012.

[68] Jf. anbefalingerne vedrørende kontrol med offentlige ydelser s. 17ff. i *Menneskerettigheder i Danmark 2012. Databeskyttelse,* Institut for Menneskerettigheder, maj 2012.

nen.[69] I den norske forvaltningsretlige litteratur henvises til upartiskhed og neutralitet i forbindelse med forvaltningens undersøgelser.[70] Vi har i dansk forvaltningsret ikke et tilsvarende eksplicit krav om objektivitet. Men ved behandling af sager skal forvaltningens medarbejdere være objektive og neutrale, hvilket blandt andet er fastslået af ombudsmanden.[71] Denne objektivitet skal sikre både borgerens retssikkerhed, men også samfundets interesse i at velfærdssamfundets ressourcer bliver fordelt inden for de rammer og på den måde, som lovgiver har fastlagt. Dette betyder ikke, at den enkelte offentlige medarbejder ikke kan være empatisk i mødet med borgeren, men blot at den faglige professionalisme skal varetages ud fra principperne om objektivitet og neutralitet.

[69] Se art. 8 og 9 i Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik.

[70] Se fx Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 8. udgave 2006, s. 250 og Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 2007, s. 467.

[71] Ombudsmanden har udtalt, at det ligger i officialprincippet, at myndighederne skal være objektive, når de indsamler oplysninger, jf. se nyhed fra Folketingets ombudsmand af 14. marts 2013: *Ny kritik fra ombudsmanden i sag om socialbedrageri*, jf. http://www.ombudsmanden.dk/find/nyheder/alle/ny_kritik_i_sag_om_ socialbedrageri/

Ulovligt indgåede offentlige kontrakter – uden sanktioner

af

Carina Risvig Hamer

1. Indledning

En offentlig kontrakt, der er indgået direkte med en leverandør uden afholdelse af udbud, skal ifølge håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1 erklæres for uden virkning. Ved at offentliggøre en særlig bekendtgørelse i EU-tidende (TED) (kaldet *bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed*) forinden kontrakten indgås, kan ordregivere dog sikre sig mod, at en ellers ulovligt indgået kontrakt erklæres for uden virkning. Danske ordregivere anvender i stigende omfang at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. Denne artikel redegør for, hvornår det kan være relevant at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed og for bekendtgørelsens anvendelseskrav. I forlængelse heraf analyseres, hvorvidt det er muligt at tilsidesætte bekendtgørelsen med den virkning, at den indgåede kontrakt skal erklæres for uden virkning.

2. Formål og bagrund for undtagelsen

Med ikrafttrædelse af håndhævelsesloven[1] den 1. juli 2010 blev der indført en ny sanktionsmulighed for visse overtrædelser af EUs udbudsdirektiver.[2]

[1] Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Loven implementerer EUs kontroldirektiver, Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, som senest ændret ved Europaparlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EU-tidende nr. L 335 af 20. december 2007, s. 31). I denne fremstilling anvendes termen kontroldirektiverne som en samlet betegnelse for begge direktiver, som de senest er ændret ved Direktiv 2007/66/EF. Såfremt der alene er tale om Direktiv 2007/66/EF, vil dette blive refereret til som ændringsdirektivet.

[2] Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter udbudsdirektivet) samt Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport

Ifølge håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, skal en kontrakt, der er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, herefter erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med de EU-retlige udbudsregler har indgået kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. EU-retligt betragtes ulovlig direkte tildeling af kontrakter som en af de alvorligste overtrædelser af udbudsreglerne.[3] Dette henset til, at kontrakten typisk er indgået uden nogen form for forudgående offentliggørelse eller konkurrence om opgaven. Tildeling af en kontrakt uden gennemsigtighed favoriserer således en enkelt virksomhed, og ofte er det svært for øvrige interesserede virksomheder at få kendskab til, at en anden virksomhed har indgået kontrakt med ordregiveren. Et af formålene ved at indføre sanktionen »uden virkning« var netop

»*... at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå.*«[4]

Uanset, at direkte tildeling er en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, vil ordregivere ofte være i god tro om, at reglerne var overholdt. Dette skyldes, at udbudsreglerne til tider kan være komplekse, og ordregivere vil i en lang række situationer være i tvivl, om en given kontrakt er omfattet af udbudsdirektivernes krav om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. En ordregivers tvivl kan fx opstå ved vurderingen af, om en aftale er en *in-house aftale,* om proceduren udbud med *forhandling uden offentliggørelse* af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31 kan anvendes, eller om en *ændring af en kontrakt er væsentlig,* og dermed fører til krav om fornyet udbud (se om tvivlssituationerne nedenfor i afsnit 3). Navnlig i de tilfælde, hvor der er tvivl om de regler, ordregiveren skal anvende ved indgåelsen af

---

samt posttjenester (herefter forsyningsvirksomhedsdirektivet). Med implementeringen af forsvars- og sikkerhedsdirektivet (Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) fik Klagenævnet tillagt kompetence på lige fod med udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet til at behandle klager over overtrædelser af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, herunder kompetence til at erklære visse kontrakter for uden virkning. Direktivet blev implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011. I det følgende vil de tre direktiver blive refereret til som udbudsdirektiverne.

[3] Sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, [2005] Sml. I-1, pr. 29.

[4] Jf. betragtning 13 til Ændringsdirektivet.

kontrakten, vil det ikke være proportionalt, at kontrakten erklæres for uden virkning, hvis det senere skulle vise sig, at ordregiveren vurderede forkert. For at skabe retssikkerhed om kontraktindgåelsen,[5] giver håndhævelsesloven § 4 mulighed for, at ordregiveren kan sikre sin kontrakt mod senere at blive erklæret for uden virkning – uanset om det skulle vise sig, at ordregiveren foretog en forkert vurdering af kontraktens karakter.[6]

Ordregivere, der får en kontrakt erklæret for uden virkning, står over for, at der er en lang række udgifter forbundet med afholdelse af et evt. nyt udbud og må afvente den tid, afholdelse af et nyt udbud tager. Der kan ligeledes være væsentlige omkostninger i form af værdispild i forbindelse med, at ny viden og aktiver skal flyttes fra den oprindelige kontrakt til en ny kontrakt. Det vil derfor ofte være vidtgående for en ordregiver, at en kontrakt erklæres for uden virkning. Undtagelsen virker på den måde, at ordregiveren offentliggør en særlig bekendtgørelse i EU-tidende (TED)[7] indeholdende en række oplysninger og afventer 10 kalenderdage med at underskrive kontrakten. De nærmere betingelser for anvendelsen vil blive gennemgået i afsnit 4.[8] Ved at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed skaber ordregiveren gennemsigtighed med hensyn til sin kontraktindgåelse, og derfor bør det ikke være en automatisk konsekvens, at kontrakten erklæres for uden virkning. Dette særligt i de tilfælde, hvor ordregiveren har været af den opfattelse, at kontrakten kunne indgås uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Forudgående gennemsigtighed vil således (teoretisk set) give potentielt interesserede virksomheder mulighed for at anfægte ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt, inden kontrakten underskrives. Det er herefter op til potentielle tilbudsgivere at

[5] Årsagen til at undtagelsen eksisterer, er ifølge betragtning 26 til ændringsdirektivet for at undgå retsusikkerhed.

[6] Der er alene tale om en undtagelse til, at kontrakten erklæres for uden virkning, (se også Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta Business Solutions Denmark AS mod Erhvervsskolen Nordsjælland). Der kan altså stadig indgives en klage til Klagenævnet med henblik på at opnå, at Klagenævnet eksempelvis annullerer ordregivers beslutning om at indgå kontrakt, eller for at opnå erstatning, jf. håndhævelseslovens § 13 og 14. Håndhævelseslovens § 17, stk. 3, indeholder derudover endnu en undtagelse til, at en kontrakt indgået uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse skal erklæres for uden virkning. Efter denne bestemmelse kan en kontrakt opretholdes, hvis der er tale om væsentlige hensyn til almenhedens interesse. Denne undtagelse handler således ikke om, hvilke regler ordregiveren har fulgt ved indgåelsen af kontrakten, men derimod om kontraktens genstand gør det berettiget, at kontrakten opretholdes af hensyn til almenhedens interesse.

[7] Bekendtgørelsestypen, der skal anvendes, hedder »*Bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed*« og kan findes på http://simap.europa.eu/buyer/formsstandard/-index_da.htm.

[8] Undtagelsen er en direkte følge af ændringsdirektivets artikel 2d, stk. 4, andet led. Ændringsdirektivets artikel 3a indeholder de nærmere krav til indholdet af bekendtgørelsen.

være opmærksomme på, om en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed er blevet offentliggjort.

3. Situationer, hvor ordregiveren bør overveje at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed

Indgåelse af en kontrakt uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan i visse situationer være lovlig i kraft af de særlige situationer, der er nævnt i udbudsdirektiverne.[9] Er ordregiveren i tvivl, om denne befinder sig i en af de særlige situationer, bør ordregiveren overveje at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed.

En af de situationer, hvor det kan overvejes at offentligøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed, vil være, når ordregiveren er i tvivl, om en given aftale kan betragtes som en in-house aftale. Det kan til tider være svært at vurdere, om der rent faktisk er tale om en in-house aftale på grund af EU-domstolens ganske komplicerede praksis på området.[10]

En anden af tvivlsituationerne kunne være, hvorvidt en given kontrakt omfatter bilag II A eller bilag II B-ydelser. Bilag II B-ydelser er alene omfattet af enkelte af udbudsdirektivets bestemmelser[11] og vil kunne indgås uden afholdelse af et egentligt udbud omfattet af udbudsdirektivet.[12]

[9] Dette gælder fx udbudsdirektivets artikel 10-18, eller i medfør af artikel 31, 61 eller 68. Det samme gælder for kontrakter, der opfylder betingelserne for undtagelse eller særlig ordning efter artikel 5, stk. 2, artikel 18-26, artikel 29 og 30, 62, eller i sager, der involverer anvendelse af artikel 40, stk. 3 i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

[10] For at der er tale om en in-house aftale, skal to betingelser være opfyldt. For det første skal ordregiveren underkaste den selvstændige juridiske enhed en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet), og for det andet er det et krav, at den selvstændige juridiske enhed skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den kontrolleres af (virksomhedskriteriet). Kriterierne blev første gang slået fast i EU-Domstolens sag C-107/98, Teckal Srl mod Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, [1999], Sml. I-8121, pr. 50. For yderligere om in-house, se fx Comba, Mario & Treumer, Steen (Eds.) »*The In-house Providing in European Law*« DJØF, 2010.

[11] Udbudsdirektivet artikel 21 angiver, at direktivets artikel 23 (om tekniske specifikationer) samt artikel 35, stk. 4 (om offentliggørelse af bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt) finder anvendelse.

[12] Kontrakter om bilag II B-ydelser skal imidlertid overholde Traktatens principper (Traktaten om den Europæiske Union og Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde, 2008/C 115/01), hvilket indebærer, at såfremt kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, skal ordregivere sikre, at indgåelse af kontrakten har været udsat for en »*passende grad af offentlighed*«, jf. fx Sag C-324/98, Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, [2000] Sml. I-10745 pr. 60-62. For uddybning om Traktatens principper og bilag II B-ydelser se Hansen, Carina Risvig »*Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*«, DJØF, 2012.

A-ydelserne er derimod fuldt udbudspligtige, og hvis det skulle vise sig, at ordregiverens kontrakt vedrører en A-ydelse i stedet, vil en indgåelse af kontrakt være sket uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med den konsekvens, at kontrakten skal erklæres for uden virkning, medmindre ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed.

En tredje gråzone er de tilfælde, hvor ordregiveren finder, at kontrakten kan indgås efter proceduren *udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse*, jf. udbudsdirektivets artikel 31.[13] Artikel 31 kan eksempelvis anvendes i de situationer, hvor der kun er én leverandør, der kan udføre opgaven, fx fordi denne leverandør har en eneret.[14] Hvis det senere viser sig, at flere virksomheder kunne udføre opgaven, kan kontrakten ikke erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. De to første sager fra Klagenævnet for Udbud om uden virkning omhandlede netop sådanne tilfælde, hvor ordregiveren ikke havde været berettiget til at anvende artikel 31.[15] Det er muligt, at en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed kunne have ført til, at kontrakterne ikke blev erklæret for uden virkning.

Når en ordregiver foretager *ændringer i sin kontrakt*, kan der være tvivl, om der er tale om en væsentlig ændring af kontrakten. Væsentlige ændringer i kontrakten indebærer, at kontrakten skulle have været udbudt på ny.[16] I Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet, var der netop tale om, at ordregiveren havde foretaget en væsentlig ændring af sin kontrakt, men kontrakten blev ikke erklæret for uden virkning, fordi ordregiveren havde anvendt en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed (sagen er nærmere omtalt neden-

[13] For nærmere om anvendelse af artikel 31, se Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise »*EU's Udbudsdirektiver*«, 2. Udgave, DJØF, 2008, side 838 f.

[14] Se fx kendelse af 7. december 2010, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut, hvor ordregiveren havde indgået en kontrakt om levering af pneumokokvaccine til det danske børnevaccinationsprogram med en virksomhed uden afholdelse af et udbud. Dette var berettiget, jf. artikel 31, da kun denne producent og leverandør af pneumokokvaccine var godkendt af de europæiske lægemiddelmyndigheder.

[15] Kendelse af 3. januar 2012, Danske Arkitektvirksomheder mod Thisted Gymnasium og kendelse af 13. januar, Danske Arkitektvirksomheder mod Skanderborg Gymnasium.

[16] For uddybning af, hvad der skal forstås ved væsentlige ændringer se Poulsen, Sune Troels »*The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law*« P.P.L.R. 2012, nr. 5, 167-187, Treumer, Steen »*Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011*« P.P.L.R. 2012, nr. 5, 153-166. Hartlev, Kristian & Wahl Liljenbøl, Morten »*Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*« P.P.L.R. 2013, nr. 2, 51-73.

for i afsnit 4.3.). En anden mulig væsentlig ændring af en kontrakt kan være tilfælde, hvor ordregiveren udskifter en leverandør. Når ordregivere foretager ændringer i deres kontrakter, kan det derfor være fornuftigt at anvende en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed.

Er ordregiveren helt sikker i sin vurdering af, at kontrakten er omfattet af en af undtagelserne, fx fordi ordregiveren er af den opfattelse, at kontrakten er en bilag II B-ydelse, er der således ingen grund til at overveje at offentliggøre en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed. Det vil alene være relevant i de tilfælde, hvor ordregiveren indgår en kontrakt uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Har en ordregiver således afholdt et udbud, men er i tvivl om fx lovligheden af et tildelingskriterium eller om anvendelse af proceduren konkurrencepræget dialog var berettiget, vil det ikke være relevant at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed, da en sådan situation ikke vil være omfattet af lovens § 17, stk. 1, nr. 1.[17]

En søgning i EU-tidende (TED) viser, at danske ordregivere anvender bekendtgørelser om frivillig forudgående gennemsigtighed ofte. I alt har bekendtgørelsen været anvendt i 1133 tilfælde siden 1. juli 2010, hvor bekendtgørelsen blev indført.[18] Tilføjes søgekriteriet »SKI« viser det, at 292 af de offentliggjorte danske § 4-bekendtgørelser omhandler kontrakter, en ordregiver har indgået på baggrund af en SKI rammeaftale. Det forhold, at ordregivere offentliggør en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed ved anvendelse af en indkøbscentrals rammeaftaler, er måske ikke så overraskende set i lyset af særligt Klagenævnets kendelse af 5. december, 2011, Konica Minolta. Kendelsen har skabt tvivl, om en kontrakt, der er indgået på baggrund af en indkøbscentrals rammeaftale, kan erklæres for uden virkning på grund af fejl i rammeaftalen foretaget af indkøbscentralen. Denne usikkerhed ved indkøbscentralers rammeaftaler har desuden ført til en nylig lovændring af håndhævelsesloven.[19] Lovændringen har til hensigt, at der skabes klarhed om retsvirkningerne af at anvende indkøbscentralers rammeaftaler for derved at skabe større retssikkerhed for brugere af indkøbscentraler.

[17] En sådan kontrakt kan alene erklæres for uden virkning, såfremt ordregiveren har indgået kontrakten i standstill-perioden eller i en periode, hvor kontrakten har opsættende virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 2.

[18] Søgning foretaget i Tenders Electronic Daily (TED) den 30. juni 2013.

[19] Således angiver § 17, stk. 5 nu, at »*Såfremt beslutning om tildeling af en indkøbscentrals rammeaftale ikke er annulleret, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, på tidspunktet for iværksættelse af tildelingsprocedure for en kontrakt på baggrund af rammeaftalen, kan kontrakten ikke erklæres for uden virkning med henvisning til, at indkøbscentralen har begået fejl, jf. dog stk. 1, nr. 2 og 3.*«

4. De formelle krav til anvendelse af en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed

For at en ordregiver kan undgå, at en indgået kontrakt, som ordregiveren har tildelt direkte uden afholdelse af et udbud efter udbudsdirektiverne, erklæres for uden virkning, skal ordregiveren opfylde følgende tre betingelser:

1. Ordregiveren skal have offentliggjort en »*bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed*« i EU-tidende (TED).
2. Afholdt en form for frivillig standstill-periode på 10 dage.[20]
3. Ordregiveren skal *finde*, at en direkte tildeling af kontrakten er tilladt i henhold til de EU retlige udbudsregler.

De tre betingelser gennemgås herunder.

4.1. Offentliggørelse af bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed

En ordregiver skal, forud for kontraktindgåelsen, offentliggøre en såkaldt »*bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed*« i EU-tidende (TED). Offentliggørelsens funktion er at skabe gennemsigtighed omkring ordregiverens kommende kontrakt. Derfor skal bekendtgørelsen indeholde en række oplysninger, hvorved andre virksomheder gøres bekendt med kontraktens genstand, herunder hvorfor ordregiveren er af den opfattelse, at kontrakten kan indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Bekendtgørelsen skal som minimum indeholde de oplysninger, der er angivet i lovens § 4, stk. 2, og som omhandler:

1) Ordregiverens navn og kontaktoplysninger.
2) En beskrivelse af kontraktens genstand.
3) Begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-tidende, og
4) Navn og kontaktoplysninger på den virksomhed, ordregiveren agter at indgå kontrakt med.

Det er muligt at afkrydse i standardformularen, hvilken begrundelse ordregiveren har haft for at anvende undtagelsen, dvs. begrundelsen for at indgå

[20] Der er ikke tale om en egentlig standstill-periode som i håndhævelseslovens § 3, stk. 1, hvilket medfører, at en evt. underskrivelse af kontrakten i 10 dages perioden ikke falder ind under de situationer, hvor en kontrakt kan eller skal erklæres for uden virkning, fordi kontrakten er underskrevet i standstill-perioden. Endvidere betyder den 10 dages periode, at hvis der indgives klage i perioden, har klagen ikke opsættende virkning, jf. håndhævelseslovens § 12.

kontrakt med en bestemt leverandør uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Derudover er der plads til en yderligere uddybning. I det hele taget minder standardformularen meget om den standardformular, ordregivere skal udfylde, når der er indgået kontrakt. Det fremgår ikke af hverken håndhævelsesloven eller kontroldirektiverne, hvor uddybende beskrivelsen af kontraktens genstand skal være, samt hvor uddybende en begrundelse, der skal gives for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten direkte.

Muligheden for at anvende bekendtgørelser om frivillig forudgående gennemsigtighed indebærer, at virksomheder dels skal være opmærksomme på evt. udbudsbekendtgørelser, der offentliggøres, og i princippet også skulle holde øje med, om en ordregiver har offentliggjort en sådan bekendtgørelse.

4.2. En form for standstill-periode

Ordregiveren skal, inden kontrakten indgås, afvente en periode på 10 kalenderdage. De 10 kalenderdage skal regnes fra dagen efter offentliggørelsen af bekendtgørelsen. Det er således ikke fremsendelsen til EU-tidende (TED), der er afgørende, men derimod offentliggørelsen af selve bekendtgørelsen. Det er derfor vigtigt, at ordregiveren er opmærksom på, at det er offentliggørelsen og ikke fremsendelsen, der er det afgørende tidspunkt, hvis ordregiveren vil sikre sig mod, at kontrakten senere kan erklæres for uden virkning. Ligesom ved standstill-reglerne i håndhævelseslovens §§2-3, må kontrakten først underskrives efter udløbet af 10 dages perioden, dvs. på dag 11.

Jf. lovens § 6 giver 10 dages perioden en potentiel tilbudsgiver eller anden klageberettiget mulighed for at indgive klage til Klagenævnet, inden ordregiveren underskriver kontrakten. Indgives klage til Klagenævnet i denne periode, vil klagen dog ikke have automatisk opsættende virkning efter lovens § 12. Derfor er konsekvensen af, at 10-dages perioden ikke er afholdt, alene, at ordregiveren ikke har sikret sig mod, at kontrakten kan erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, nr. 1. Der er ikke i håndhævelsesloven eller kontroldirektiverne taget stilling til, hvilken betydning det har, at der indgives klage i 10 dages perioden. Medmindre Klagenævnet vælger (efter påstand) at tillægge klagen opsættende virkning, vil ordregiveren efter udløbet af 10 dages perioden kunne underskrive kontrakten, og kontrakten vil ikke senere kunne erklæres for uden virkning. Klagenævnet vil dog kunne anvende andre sanktioner i håndhævelseslovens § 13-14, hvis betingelserne herfor er opfyldte.

Har ordregiveren underskrevet kontrakten i 10-dages perioden, vil betingelserne i § 17, stk. 1, nr. 1 for, at kontrakten erklæres for uden virkning, naturligvis fortsat skulle være til stede. Er der således tale om en lovlig indgået kontrakt, vil kontrakten naturligvis også være lovlig, selvom proceduren i § 4 ikke har været korrekt anvendt.

4.3. Ordregiveren finder, at indgåelse af kontrakten er lovlig

Den sidste betingelse, der skal være til stede for anvendelse af undtagelsen i håndhævelseslovens § 4, er, at ordregiveren skal *finde*, at direkte tildeling af kontrakten er tilladt i henhold til de EU-retlige udbudsregler. Bestemmelsens formulering *finder* er den direkte ordlyd fra ændringsdirektivet, hvor artikel 2 d, stk. 4, har følgende ordlyd: »*den ordregivende myndighed* ***finder,*** *at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF*« (min fremhævning).[21]

Håndhævelseslovens § 4 (og ordlyden i ændringsdirektivet) indikerer, at for at anvende undtagelsen er det tilstrækkeligt, at ordregiveren har fundet, at indgåelse af kontrakt uden afholdelse af et udbud var tilladt. En ordlydsfortolkning af § 4 fører til, at såfremt det på et senere tidspunkt skulle vise sig, at ordregiveren ikke var korrekt i sin vurdering af lovligheden af den direkte tildeling, vil det være uden betydning for retsvirkningen, hvis ordregiveren blot på tidspunktet af offentliggørelsen af bekendtgørelsen om frivillig forudgående gennemsigtighed *fandt*, at tildelingen var lovlig. Omvendt fremgår det dog af bemærkningerne til lovforslaget, at »*Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vil træffe afgørelse om, at en kontrakt ikke lovligt kunne indgås uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og Klagenævnet vurderer,* ***at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med*** *hensyn til, at udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning,*« samt at »*Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering, må ske ud fra en objektiv vurdering af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen*« (min fremhævning).[22] Bemærkningerne til lovforslaget indikerer således, at det ikke alene er ordregiverens egen kategorisering af aftalen, der er afgørende, men at Klagenævnet kan tilsidesætte afgørelsen, såfremt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering. Klagenævnet har imidlertid anlagt en ordlydsfortolkning af bestemmelsen,[23] der fører til, at en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed ikke kan tilsidesættes, hvilket der redegøres for herunder.

[21] Den engelske udgave af ændringsdirektivet anvender »*consider*«. Bestemmelsen lyder: »*the contracting authority considers that the award of a contract without prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union is permissible in accordance with Directive 2004/18/EC.*« Anvendelse af ordet »*consider*« ville muligvis have været bedre oversat til enten betragter eller anser.

[22] Lovforslag nr. 110, Folketingstidende 2009-10, A, »Forslag til Lov om håndhævelse af Udbudsreglerne m.v.«, fremsat den 27. januar 2010.

[23] Se Ellehauge, Michael U.2013B.241 »*Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler*«.

Den første sag, hvor Klagenævnet skulle tage stilling til betydningen af en § 4-bekendtgørelse, var kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet. Sagen omhandlede først og fremmest spørgsmålet, om der var tale om væsentlige ændringer af en kontrakt. Klagenævnet fandt i sagen, at visse dele af den ændrede kontrakt udgjorde en væsentlig ændring, hvorefter kontrakten burde have været i udbud. Den væsentlige ændring fik dog ingen konsekvenser henset til, at ordregiveren havde offentliggjort en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. Flertallet af Klagenævnet udtalte, at: »*Det lægges til grund, at indklagede* ***vurderede****, at Forligsaftalen lovligt kunne indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.*« Et mindretal i afgørelsen udtalte omvendt: »*Da indklagede ikke har opfyldt alle 3 betingelser i lovens § 4, stk. 1, og ikke har iværksat nyt udbud ved indkøb af serverfarme for 50 mio. kr., stemmer jeg for at tage påstanden til følge*«. Det fremgår ikke, hvilken betingelse, det var, mindretallet mente, at ordregiveren ikke havde overholdt, men alt peger på, at det var betingelsen om, at ordregiveren skal »finde«. Man kunne således godt få den opfattelse, at Klagenævnet ville tilsidesætte en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. Klagenævnet har imidlertid i kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta mod Erhvervsskolen Nordsjælland fastslået, at dette ikke er tilfældet.

I denne sag havde ordregiveren, som begrundelse, for at indgåelse af kontrakt med den valgte leverandør var lovlig, angivet i en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed, at der alene var én leverandør, der levede op til alle minimumskrav stillet i udbudsmaterialet. Klagenævnet udtalte herefter, at da ordregiveren havde offentliggjort en frivillig bekendtgørelse om beslutningen om at tildele kontrakten til leverandøren, var der som følge heraf ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning.

Klagenævnet fremkom i sagen med en række betragtninger om bekendtgørelsen om frivillig forudgående gennemsigtighed, der er værd at bemærke. For det første henviser Klagenævnet til lovbemærkningerne, der som nævnt ovenfor angav, at: »*Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med hensyn til udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning.*« Bemærkningerne til lovforslaget indikerer således, at det ikke alene er ordregiverens egen kategorisering af aftalen, der er afgørende, men at Klagenævnet kan tilsidesætte afgørelsen, såfremt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering. Klagenævnet udtalte herefter om lovbemærkningerne, at: »*Det i lovbemærkningen anførte er ikke kommet til udtryk i lovteksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europaparlamentet og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af kontroldirektiverne*« Herefter fandt Klagenævnet, at: »*Henset til ordlyden af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 4 og den EU-retlige baggrund i direktiv*

2007/66/EF finder klagenævnet, at den pågældende lovbemærkning ikke hjemler en efterfølgende tilsidesættelse af en ordregivers vurdering af tilladeligheden af at indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

Det var derfor ikke nødvendigt for Klagenævnet at se på, hvorvidt ordregiveren havde foretaget en »åbenbar urigtig vurdering« af pligten til at afholde et udbud. Klagenævnet finder således, at der ikke efter ordlyden af ændringsdirektivet (herunder ændringsdirektivets betragtning 26), kan udledes en pligt til at tilsidesætte en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. Det er min vurdering, at der kan stilles spørgsmålstegn ved denne retsstilling. Ændringsdirektivets betragtning 26 angiver, at formålet med en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed er at undgå retsusikkerhed. Har en ordregiver således i ond tro indgået en kontrakt ulovligt, velvidende at dette var tilfældet, bør ordregiveren efter min opfattelse ikke kunne påberåbe sig et behov for retssikkerhed og dermed beskyttelse mod uden virkning. Det er min vurdering, at dette vil være i strid med princippet om effektiv håndhævelse. Formålet med at indføre mulighed for at anvende en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed var netop tiltænkt tvivlssituationerne, og ikke de klare grove overtrædelser. Det vil derfor stride mod effektivitetsprincippet, hvis ordregivere også kan sikre sig mod uden virkning ved grove overtrædelser af udbudsreglerne. Retsstillingen skabt af Klagenævnet er efter min opfattelse ikke i overensstemmelse med EU-retten. Spørgsmålet er, om der vil være situationer, hvor Klagenævnet alligevel vil tilsidesætte en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. Dette kunne overvejes i situationer, som fx manglende oplysninger i bekendtgørelsen, eller hvor oplysninger, som ordregiveren har angivet, er fejlagtige. Således er det muligt, at bestemmelsen må ses i sammenhæng med de oplysninger, som ordregiveren vælger at oplyse i bekendtgørelsen. Tilbageholder ordregiveren vigtige oplysninger, der ellers ville belyse, om ordregiveren har »fundet« rigtigt, vil dette kunne indgå i vurderingen af, om Klagenævnet senere kan erklære en kontrakt for uden virkning. Dette navnlig i de tilfælde, hvor ordregiveren har givet åbenbare urigtige oplysninger. Et eksempel kunne være, at ordregiveren angiver, at der er tale om en in-house aftale, fordi ordregiveren bl.a. har 100 pct. ejerskab over et selskab, og det så senere viser sig, at selskabet også havde en del privat ejerskab. I en sådan situation bør Klagenævnet stadig kunne erklære en kontrakt for uden virkning, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1. Rene omgåelsessituationer bør føre til, at en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed tilsidesættes.

5. Præjudiciel forelæggelse fra italiensk domstol

EU-domstolen har endnu ikke taget stilling til rækkevidden af bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed, herunder om muligheden for at tilsidesætte den. En italiensk domstol (*Consiglio di Stato*) har for nyligt stillet et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen om fortolkningen af ændringsdirektivets artikel 2 d, stk. 4, sammenholdt med artikel 3 a (der svarer til håndhævelseslovens § 4).[24] Nærmere bestemt vedrører spørgsmålet, hvorvidt det er muligt at fastslå, at en kontrakt er uden virkning i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har offentliggjort en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed i EU-tidende (TED).

Sagen vedrører spørgsmålet, om ordregiveren har været berettiget til at anvende udbudsdirektivets artikel 31 om indgåelse af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse (konkret vedrører sagen en rammeaftale om elektronisk kommunikation). Hvis ikke ordregiveren var berettiget til at anvende artikel 31, vil en sådan kontrakt kunne erklæres for uden virkning. Den italienske domstol spørger EU-Domstolen, om ordregiveren ved at offentliggøre en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed dermed undgår, at kontrakten i *alle tilfælde* ikke kan erklæres for uden virkning, uanset betingelserne for anvendelse af artikel 31 ikke er opfyldt. Derudover spørger domstolen, hvordan det er foreneligt med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og konkurrence, samt sikringen af adgangen til effektive retsmidler, som fastlagt i artikel 47 i den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvis en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed kan beskytte mod, at kontrakten erklæres for uden virkning, hvorefter kontrakten kan tildeles uden afholdelse af en udbudsprocedure.

Kontrakten er af en regional domstol (*Tribunale Administrativo Regionale*) blevet erklæret for uden virkning på trods af offentliggørelse af en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed, men sagen er altså anket til Consiglio di Stato, der har valgt at stille EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

Skulle EU-Domstolen nå så langt som at besvare spørgsmålene med, at en bekendtgørelse om forudgående gennemsigtighed kan tilsidesættes, vil det betyde en anden tilgang end den, som Klagenævnet for Udbud har anlagt i bl.a. kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta gennemgået ovenfor i afsnit 4.3.

Svaret fra EU-Domstolen på spørgsmålet fra den italienske domstol kan således have stor betydning for den danske retsstilling, hvilket efter min opfattelse forhåbentlig vil vise sig at være tilfældet.

[24] C-19/13, Fastweb, EUT C 86 fra 23.03.2013, s.11.

6. Konklusion

Det forhold, at ordregivere i stigende grad anvender bekendtgørelser om frivillig forudgående gennemsigtighed, kan på den ene side ses som tegn på usikkerhed om retsstillingen ved indgåelse af visse typer af kontrakter. På den anden side er det formentlig mere et tegn på, at ordregivere er bekymrede for, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning. Endvidere kan det tænkes, at der rent faktisk sker flere undladelser af at afholde udbud efter indførelsen af muligheden for at offentliggøre en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed, fordi ordregivere i tvivlstilfælde kan anvende en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed i stedet for at afholde et udbud, som man måske ellers tidligere ville have afholdt, for at være på den sikre side mht. lovligheden af sin kontrakt. Med Klagenævnets tilkendegivelse i Konica Minolta sagen ser muligheden ud til at være udvidet betydeligt i forhold til hensigten med undtagelsen. Det er min opfattelse, at så længe Klagenævnet ikke tilsidesætter åbenbart urigtige vurderinger, navnlig omgåelsessituationer, vil ordregivere kunne anvende bekendtgørelser om frivillig forudgående gennemsigtighed i situationer udover tvivlstilfælde, hvilket i mine øjne er en uheldig retsstilling. Det er muligt, at Klagenævnet i Konica Minolta ville have nået til et andet resultat, havde selve lovteksten, og ikke lovbemærkningerne, angivet, at ordregivers åbenbare urigtige vurdering kunne tilsidesættes. Det kan derfor være værd at overveje, om ordlyden af håndhævelseslovens § 4 skulle ændres. Derudover må det forventes, at svaret fra EU-Domstolen på spørgsmålet fra den italienske domstol (se afsnit 5) kan få stor betydning for den danske retsstilling, hvilket efter min opfattelse forhåbentlig vil vise sig at være tilfældet.

Udfordringer for (fremtidens) europæiske jurister og nutidens juridiske uddannelser i Europa

af

Ole Hammerslev

Efter 3½ års arbejde og med deltagelse af mere end 100 forskere, juridiske praktikere, embedsmænd (m/k) og politikere fra alle EU-medlemslande, og lande med associeringsaftaler med EU, kunne projektet *Menu for Justice* aflægge rapport over arbejdet og give anbefalinger til, hvilke forhold der er væsentlige for uddannelsen af fremtidens jurister og særligt af dommere.[1] Projektets formål var at undersøge, hvordan juridiske uddannelser er indrettet henset til morgendagens udfordringer for at danne en fælleseuropæisk retlig kultur med fælles rettigheder for Europas borgere. Eller med andre ord spurgte projektet til, hvilke barrierer og udfordringer juridiske uddannelser på alle niveauer har for at understøtte den europæiske integrationsproces, der udfordrer nationale, sociale og politiske strukturer, hvor nationale juridiske institutioner bliver mødt med en stigende kompleksitet med transnationale sager og transnational ret, der kræver ny og kontinuerlig opdateret viden og nye kompetencer, samt en opdatering af tidligere handlingspraksis. Et funktionelt og integreret europæisk retligt felt er et vigtigt fundament for at få et harmoniseret Europa. Det kræver dog, at alle jurister er kompetente til at løfte de nye opgaver, og det er også blevet et område, EU-Kommissionen prioriterer. For at gøre alle jurister kompetente hertil, kræver det en kontinuerlig læring for at være kvalificeret til nye transnationale opgaver og nationale sager, der skal løses ud fra et stigende antal europæiske regler. Uddannelsesinstitutioner er helt centrale aktører for kontinuerligt at sikre et nødvendigt udbud af uddannelser og opkvalificerende kurser. Derfor bør jurister over hele Europa have muligheden for ikke alene at få adgang til livslang læring, men bør også få selvevalueringsinstrumenter, hvorudfra de indser behovet for opkvalificeret viden, færdigheder og kompetencer.

Menu for Justice-projektet blev gennemført af et akademisk netværk bestående af 50 partnere fra ledende universiteter i Europa, herunder 31 juridiske fakulteter og institutter, et center specialiseret i komparative domstolssystemer, sociologiske og politologiske institutter og forskningscentre specialiseret i bl.a. europæiske relationer, samt *Supreme Court of Slovenia* og

[1] Rapporterne er publiceret i Piana et al. (2013); Policastro (2013).

det rumænske *National Institute for Magistracy*. Projektet blev finansieret af EU-programmet *Lifelong Learning Programme*, hvis formål er, at »enabling people at all stages of their lives to take part in stimulating learning experiences, as well as helping to develop the education and training sector across Europe«.

Denne artikel diskuterer først en række forhold, der kan ændre det juridiske marked og derfor nødvendiggør ændrede kompetencer hos juridiske kandidater. På baggrund af forandringer på det juridiske marked er det relevant at undersøge, om morgendagens jurister er kvalificerede til at indgå på et marked, der ikke er ganske klart i konturerne. Da det tager en række år at ændre (juridiske) uddannelser og skabe nye kompetencer for kandidater, er det væsentligt hele tiden at holde sig fremtidens retlige marked for øje. Derfor diskuterer denne artikel, hvordan jurister i Europa uddannes i dag. Artiklen opsummerer således nogle af resultaterne af *Menu of Justice*-projektet for så vidt angår universitetsuddannelserne ved at fokusere på universiteternes autonomi, om uddannelserne er tilpasset Bolognamodellen, fagsammensætning og pædagogiske metoder på de europæiske juridiske uddannelser.[2] Ydermere præsenterer artiklen et værktøj til at finde forskellige juridiske uddannelser i Europa.

1. Udfordringer for fremtidens jurister

Med et transnationaliseret juridisk marked delvist skabt af retlige entreprenører er der en række udfordringer for morgendagens jurister, hvis de skal kunne begå sig i den internationale konkurrence. Dette afsnit fokuserer på enkelte udfordringer.

Den første er EU-Kommissionens fokus på at harmonisere europæisk ret i endnu højere grad end i dag. I 2011 understregede EU-Kommissionen således endnu engang dette fokus, idet den understregede behovet for uddannelse af dommere og retlige praktikere i unionsretten for at »empower citizens and businesses to stand up for their rights and to ensure the effectiveness of the Single Market.«[3] Baseret på Mario Montis rapport sammenkæder Kommissionen udviklingen af den europæiske ret med en effektiv implementering af den transnationale retlige orden, som garanterer retlig forudsigelighed, sikkerhed og ensartet fortolkning af retten i hele Europa.[4] I sin rapport fandt Monti, at det er vanskeligt at gøre det indre marked mere velfungerende inden for det eksisterende *acquis communautaire*, der allerede består af 1521 direktiver og 976 forordninger relateret til forskellige politikområder i det indre marked.[5] Herudover pointerer Monti, at medlemsstater-

[2] Se Piana et al. (2013).
[3] COM (2011) 551 p. 3.
[4] Monti (2010) p. 93.
[5] Monti (2010) p. 93.

ne ikke altid er gode til at implementere EU-retten. De forsinker implementeringen af EU-retten til den nationale ret, ligesom de overtræder EU-retten og er ineffektive i forhold til at løse sager, der involverer EU-ret.[6] I slutningen af 2009 var der mere en 1200 verserende sager vedrørende overtrædelse af EU-retten, hvilket er et forholdsvist stabilt antal, samtidig med at sagsbehandlingstiden for sagerne er steget gennem tiden. Et hovedområde, for at have et velfungerende indre marked, er ifølge Monti en mere velfungerende retlig håndhævelse. Monti finder, at »...national judges play a key role in interpreting and applying EU law next to national law. The Commission, in partnership with Member States, should step up its support for training programmes and structures to ensure that national judges and legal professionals have a solid knowledge of the Single Market rules they are most often required to apply.«[7] Som Kommissionen har Europa Parlamentet også understreget, at et af satsningsområderne for at forbedre det indre markeds funktioner er dommeruddannelser (»judicial training«).[8]

En undersøgelse foretaget af ERA (Academy of European Law) i 2001 påviste, at 51 % af dommere og anklagere i EU-landene aldrig har deltaget i dommeruddannelser vedrørende EU-ret eller vedrørende et andet medlemslands ret, men 74 % af EU's dommere og anklagere mente, at antallet af sager, der involverede EU-retten, var steget.[9]

På denne baggrund har EU-Kommissionen som sin målsætning at sikre, at halvdelen af Europas juridiske praktikere deltager i europæiske dommeruddannelser og -træningsaktiviteter i 2020.[10] Ifølge et studie af *The European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ), *Council of Europe* fra 2010 er antallet, af hvad CEPEJ kalder retlige praktikere, i de 27 medlemslande i EU 1.401.296. De er fordelt inden for professionen som følger:

Retlige praktikere i de 27 EU-medlemslande[11]

Professionelle dommere	79.100
Anklagere	35.032
Advokater (inkl. »solicitors« og »barristers«)	868.615
Domstolspersonale	351.220
Fogeder (Bailiffs)	29.060
Notarer	38.269
I alt	1.401.296

[6] Monti (2010) p. 96.
[7] Monti (2010), p. 102.
[8] Resolution on judicial training – Stockholm Programme, 17 June 2010.
[9] 'Judicial Training in the European Union Member States', European Parliament, 2011.
[10] COM (2011) 551.
[11] COM (2011) 551, p. 4.

Kommissionens mål er noget ambitiøst, men der bruges en del ressourcer på, at det skal implementeres, da det bliver anset for at være en måde at skabe en fælles europæisk retlige kultur, der muliggør, at jurister over hele EU har ekspertise til at skabe fælleseuropæisk praksis.

Der sker dog også andre ændringer på markedet for retlige ydelser.[12] Et område, der har pådraget sig opmærksomhed, er, hvordan informationsteknologien og efterdønningerne af den økonomiske krise vil ændre det juridiske arbejde og strukturerne for den juridiske profession. En af chefideologerne for ændringer, Richard Susskind, argumenterer for, at IT på en række områder både vil ændre det retlige arbejde og måden, det organiseres på.[13] Han beskriver, hvordan forskellige retlige pionerer har udviklet forskellige former for online rådgivningssystemer, online auktioner for udbud af retlige services, virtuelle konfliktløsningsrum og elektroniske sagsbehandlingssystemer.[14] En af de mest markante måder, hvorpå IT påvirker det juridiske marked, er dog i form af outsourcing og/eller offshoring af retlige services til bl.a. Indien og Filippinerne. At outsource refererer til at benytte tredje parter til at levere services, der tidligere blev leveret i firmaet selv, mens offshoring betyder outsourcing til udenlandske leverandører. Med den seneste recession øgedes konkurrencen mellem advokatfirmaer, og klienter søgte i højre grad end før at reducere deres omkostninger på juridiske serviceydelser. Hvor nogle af de største europæiske og amerikanske advokatfirmaer og *in-house* juridiske afdelinger i nogen tid har haft outsourced og/eller offshored »back office« funktioner, som fx regnskabs- og IT-afdelinger, for at minimere deres omkostninger og blive mere konkurrencedygtige, er de nu begyndt offshoring af retligt arbejde til bl.a. Fjernøsten. Det bør dog bemærkes, at Susskind ikke finder en entydig udvikling, idet han refererer til, at en estimeret procentdel af outsourcede retlige services på globalt plan alene udgjorde 0,1 procent af den samlede værdi af retlige ydelser, estimeret til 460 mia. USD.[15] Ifølge Susskind er en af udfordringerne for de juridiske serviceudbydere at begrænse omkostningerne dikteret fra klienterne, hvilket i sidste ende muligvis vil omstrukturere arbejdsprocesserne og organisationen af advokatfirmaer.

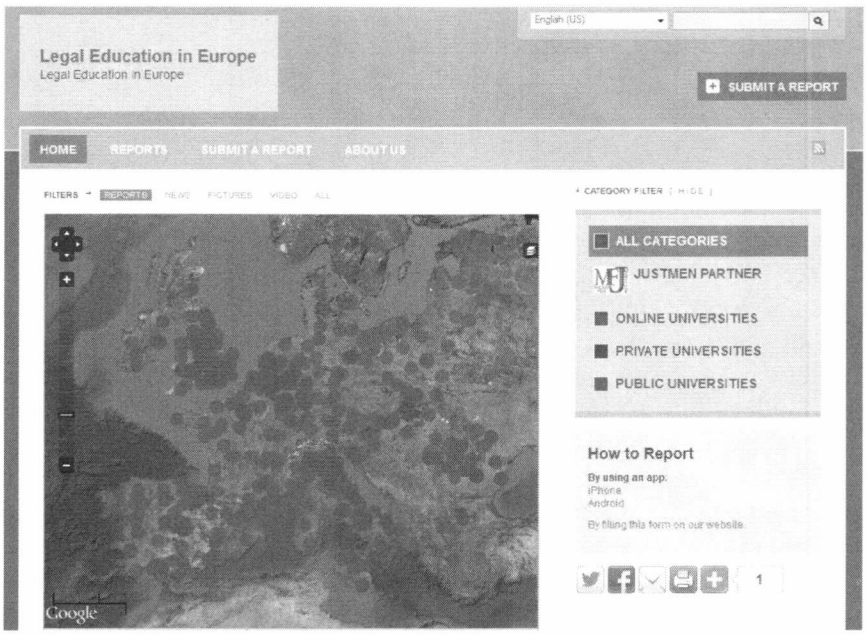
En anden udfordring for den etablerede del af det juridiske felt er bestræbelserne på at liberalisere det europæiske retlige marked, specielt for advokatfirmaer i Storbritannien, illustreret ved *British Legal Services Act* fra 2007, som gjorde det muligt for ikke-jurister, som f.eks. forsikringsvirksomheder, banker og supermarkeder, at yde retlig rådgivning og at eje advokatfirmer. Formålet med lovgivningen var bl.a. at øge konkurrencen.

[12] Se Hammerslev (2013).
[13] Susskind (2010), (2013).
[14] Susskind (2010), s. 21.
[15] Susskind (2010), s. XXXV.

Disse nye tendenser på det juridiske marked gør det interessant at undersøge, om juridiske uddannelser er indrettet til de nye udfordringer, samt at undersøge, hvordan udviklingen understøttes.

2. Et kort over jurauddannelser i Europa

For at få en fællesforståelse af hvad jurauddannelser er på tværs af Europa og hvor mange forskellige uddannelsesinstitutioner, der er, udarbejdedes i *Menu for Justice*-projektet et kort over lokaliteterne for offentlige-, private og online institutioner, der uddanner jurister over hele Europa.



Figur 1: Legal Education in Europe: <https://legaleducationineurope.crowdmap.com/>[16]

Kortet er dannet ved at *Menu for Justice*-partnerne uploadede centrale informationer om landenes juridiske uddannelsesinstitutioner (institutionsnavn, kort beskrivelse, link til den officielle hjemmeside, adresse etc.), hvorefter administratorerne godkendte dem, så de kunne publiceres på kortet. Brugere kan herefter zoome ind på kortet for at søge efter, hvor de forskellige institutioner er placeret og hvordan de kan kontaktes. Ved projektafslutningen (september 2012) indeholdt kortet 514 uddannelsessteder fordelt som følger:

[16] Poblet and Sapignoli (2013), s. 27.

Uploadede landerapporter[17]

Austria 7	Lithuania 3
Belgium 13	Luxembourg 1
Denmark 4	Malta 2
Estonia 3	The Netherlands 11
Finland 4	Poland 21
France 56	Portugal 26
Germany 41	Romania 43
Greece 3	Slovakia 6
Hungary 9	Slovenia 3
Iceland 4	Spain 69
Ireland 8	Sweden 6
Italy 70	United Kingdom 89
Latvia 12	**Total 514**

Som det kan ses, er det ikke alle lande, der er indrapporteret. Alligevel giver kortet et indtryk af, hvor mange uddannelsesinstitutioner, der uddanner jurister i Europa. Af kortet fremgår det, at der er 89 juridiske uddannelsesinstitutioner i UK, 70 i Italien, 69 i Spanien og 56 i Frankrig. Rumænien og Tyskland repræsenterer lidt over 40 rapporter hver. Af informationerne fremgår yderligere, at ca. 80 % af institutionerne på kortet er offentlige universiteter, mens resten er private institutioner. Det er rapporteret, at 16 ud af 514 er online-universiteter.

Ud over at være et værktøj til studerende, der påtænker udenlandsophold, og til forskere og policymakers inden for uddannelsesområdet, illustrerer kortet og mængden af juridiske uddannelsesinstitutioner i Europa også, hvor vanskeligt det er at sammenligne jurauddannelser på tværs i Europa, da der er væsentlige forskelle mellem stedernes størrelse, ressourcer – økonomiske som symbolske – og generelt i placeringen både i nationale uddannelsesfelter og i det europæiske uddannelsesfelt.

3. Juridiske uddannelsers opbygning

Ifølge projektets datamateriale følger de fleste jurauddannelser i Europa Bologna-modellen, der er baseret på bachelor- og kandidatniveau (som regel hhv. 3+2 år) og et system af ECTS-point (European Credit Transfer System). Gennem sammenlignelige og kompatible uddannelser har man med Bologna-modellen forsøgt at sikre fundamentet for mobiliteten i Europa for studerende, undervisere, forskere etc. I Tyskland, Ungarn og Norge er Bologna-modellen ikke implementeret, og i Italien er man gået væk fra den igen. I 1999 introducerede man Bolognamodellen i Italien, og den blev implementeret i det akademiske år 2000-2001. Fra 2007 valgte man at ændre

[17] Poblet and Sapignoli (2013), s. 28.

modellen til en samlet femårig uddannelse, hvor første år er ens for alle jurauddannelser, og hvor der er mere statslig styring i forhold til hvilke fag, der er relevante for jurauddannelsen, og hvor meget de skal fylde på uddannelsen.[18]

Der er stor varians blandt de forskellige lande i forhold til, hvor autonome uddannelsesinstitutionerne er til selv at bestemme over indholdet i de enkelte jurauddannelser. Ifølge datamaterialet er der i hovedparten af de europæiske lande forholdsvis stor autonomi for de juridiske uddannelser til selv at beslutte curriculum. Selvom der formelt set er frihed til at beslutte indholdet i uddannelsen, er der dog en række faktorer, der gør, at denne autonomi ikke er fuldstændig. Disse kan være akkrediteringsprocesser, adgang til advokat- eller dommererhvervene via eksaminer, aftagerpaneler som i Danmark, markedsmekanismer som i Storbritannien. På den anden side er indholdet i jurauddannelsen i Tyskland i højere grad reguleret på et statsniveau. I Tyskland skal de studerende igennem statseksaminer for at bestå den endelige uddannelse, og de er mere afgørende for de studerendes fremtid end eventuelle eksaminer på universitetsniveau.

4. Europæiske jurastuderendes kompetenceprofil

Set i lyset af EU-Kommissionens ambitioner og af diskussioner om et fælles europæisk retligt system er det interessant at undersøge, om jurastuderende på tværs af Europa får indblik i de samme områder. Selvom national jura i de fleste lande udgør en overvejende del af uddannelserne, er der flere ikke-dogmatiske og tværvidenskabelige områder, der også udgør uddannelsesprofilerne både på bachelor- og kandidatniveau. Disse kan være enten obligatoriske eller valgfag.

Af materialet fremgår det, at på bachelorniveau har ca. halvdelen af landene obligatoriske kurser, der ikke ligger inden for retsdogmatikken, mens 67 % af landende har valgfag med andet indhold end retsdogmatik. Den type kurser, der fremgår som de mest almindelige, er økonomi, statskundskab, historie, sprog, filosofi og etik, medicin og forskningsmetoder. Andre fag, som sociologi, revision, offentlig administration, management og organisation af domstole og kommunikation, ses også. Antallet af ECTS eller studiepoint, det er muligt at tage i ikke-dogmatiske fag, svinger en del landene og universiteterne imellem.[19] En begrundelse, der går igen i forhold til at have en mængde ikke-dogmatiske fag, er, at sådanne fag giver bedre kompetencer til at kunne begå sig i en mængde forskellige retskulturer på tværs af Europa. Ved at fokusere på andre fag er argumentet at give de studerende kompetencer til at rådgive og løse konflikter i transnationale sager i transnationale rum, ligesom de får en større forståelse for forskellige retskulturer.

[18] Cavallini (2013).
[19] Lepore (2013).

De fleste lande opererer også med former for »moot courts«, som er lokale, nationale og internationale simulerede retssager, hvor de studerende har roller som advokater for fiktive parter og procederer en fiktiv sag. Arbejdet indeholder både forberedelsen af et skriftligt processkrift og en mundtlig procedure. Deltagelse kræver hårdt og vedvarende arbejde af hele holdet, som oftest coaches af universitetsjurister. Ud over at udvikle skriftlige og mundtlige kompetencer udvikler det de studerendes retlige strategier. Der findes flere internationale konkurrencer, hvor de studerende møder studerende fra andre lande, som f.eks. Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, European Law Moot Court, The International Roman Law Moot Court Competition and Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court.[20]

En anden anvendt metode, der ses anvendt ved nogle universiteter i flere lande – bl.a. i England, Irland, Holland, Tyskland, Østrig, Belgien, Letland, Tyrkiet og Slovenien, er de såkaldte »legal clinics«. »Legal clinics« dækker over en række forskellige aktiviteter, der alle indeholder en form for praktisk juridisk arbejde. Mest traditionelt er arbejdet i en retshjælp, hvor der ydes gratis juridisk rådgivning til personer, der ellers ikke har ressourcer til retlig rådgivning. Men det kan også dække over praktikophold i både offentlige myndigheder og private virksomheder, herunder i advokatfirmaer. I mange »legal clinics« får de studerende en grundig teoretisk indføring i områder, der er relevante ift. den specifikke retshjælp, de skal give, hvorefter der sker en praktisk uddannelse i spørge- og forhandlingsteknik, udarbejdelse af processkrifter og retssagsteknik, før de studerende når til at rådgive i selve retshjælpen.

Sådanne fag og praksisorientering i uddannelserne har til formål at fremme den praktiske anvendelse af juraen, ligesom det har til formål at fremme studerendes mundtlige og skriftlige kompetencer.

Flere og flere universiteter forsøger sig ligeledes med forskellige former for multimedier i undervisningen. Ud over at vise film, hvorudfra forskellige retlige problemstillinger præsenteres, har flere universiteter udviklet selvtest. Ved det juridiske fakultet ved K.U. Leuven har man oprettet »JURIMATIC«, hvor bachelorstuderende bliver præsenteret for retlige problemstillinger, som de skal løse via en elektronisk læringsplatform. Ud fra keywords i opgavebesvarelserne modtager de studerende automatisk feedback på opgavebesvarelserne.[21] Lignende elektronisk feedback er lavet på Juridisk Institut, Syddansk Universitet i formueret, hvor de studerende bli-

[20] Sotiropoulou (2013), s. 65.
[21] Sotiropoulou (2013), s. 66.

ver præsenteret for forskellige cases bygget op efter Blooms taksonomi.[22] Systemet genererer feedback til de studerende ud fra deres besvarelser.[23]

5. Afrundende bemærkninger

Som vist via kortet over jurauddannelser i Europa er der en mængde af udbydere af juridiske uddannelser. På trods af at hovedparten af Europas jurister uddannes i de nationale retssystemer, er der via EU-retten kommet en fællesnævner af retlig viden, som de studerende bør kende til og bør kunne anvende i praksis. For at EU-Kommissionens visioner om et mere harmoniseret europæisk retligt system kan opfyldes, kræver det, at jurister på tværs af Europa i høj grad har samme viden, færdigheder og kompetencer på trods af, at de kommer fra forskellige retskulturer og taler forskellige sprog.

På tværs af uddannelserne er der i høj grad en fællesmængde af fag, som de studerende har til fælles. Det drejer sig både om dogmatiske fag som EU-ret og om mere tværvidenskabelige, retsvidenskabelige fag som retsfilosofi, -sociologi og økonomi. Herudover arbejder uddannelserne med indlæringen, ikke blot som teoretisk viden, men også som praktisk – eller håndværksmæssig – indlæring via anvendelse af juraen i forskellige situationer som i »Moot courts« og »legal clinics«.

Den øgede internationale konkurrence mellem jurister understøttes sandsynligvis af en stigende internationalisering af juridiske uddannelser enten gennem eksport af vestlige juridiske fakulteter til andre steder i verden eller via fjernundervisning. Spørgsmålet er, om den globale magtbalance mellem forskellige juridiske serviceudbydere vil følge samme spor som de gamle produktionsvirksomheder mod andre og billigere dele af verden. Dette ville i så fald have mange konsekvenser på en række forhold i vesten og ikke mindst på velfærdsstaten.

[22] Bloom and Krathwohl (1956).
[23] Hammerslev and Hansen (2010).

References

Bloom, Benjamin S., and David S. Krathwohl. 1956. *Taxonomy of educational objectives: The classification of educational goals, by a committee of college and university examiners. Handbook 1: Cognitive domain.* New York: Longmans.

Cavallini, Daniela. 2013. The »Bologna Model« and the Italian Reform of Laurea Magistrale. In *Legal and Judicial Training in Europe*, edited by D. Piana, P. Langbroek, T. Berkmanas, O. Hammerslev and O. Pacurari. The Hague: Eleven International Publishing.

Hammerslev, Ole. 2013. Studies of the legal profession. In *An Introduction to Law and Social Theory*, edited by R. Banakar and M. Travers. Oxford: Hart Publishing.

Hammerslev, Ole, and Lone Hansen. 2010. Prøver og selvevalueringer: En del af Juridisk Instituts pædagogiske værktøjer. In *Juristutdanningens faglige og pedagogiske utfordringer*, edited by L. S. Wilhelmsen and A. Strandbakken. Oslo: Gyldendal Akademisk.

Lepore, Luigi. 2013. Composition of Curriculum for European Students of Law: »State of the Art«. In *Legal and Judicial Training in Europe*, edited by D. Piana, P. Langbroek, T. Berkmanas, O. Hammerslev and O. Pacurari. The Hague: Eleven International Publishing.

Piana, Daniela; Philip Langbroek; Thomas Berkmanas; Ole Hammerslev and Otilia Pacurari (eds.). 2013. *Legal and Judicial Training in Europe.* The Hague: Eleven International Publishing.

Poblet, Marta; and Michele; Sapignoli. 2013. The Map of Legal Education in Europe. In *Legal and Judicial Training in Europe*, edited by D. Piana, P. Langbroek, T. Berkmanas, O. Hammerslev and O. Pacurari. The Hague: Eleven International Publishing.

Policastro, Pasquale (ed.). 2013. *Towards Innovation in Legal Education.* The Hague: Eleven International Publishing.

Sotiropoulou, Anastasia. 2013. Innovation in Undergraduate Law Studies in Europe: »State of the Art«. In *Legal and Judicial Training in Europe*, edited by D. Piana, P. Langbroek, T. Berkmanas, O. Hammerslev and O. Pacurari. The Hague: Eleven International Publishing.

Susskind, Richard. 2010. *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* Oxford: Oxford University Press.

Susskind, Richard. 2013. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press.

Når kommuner går amok:

En social-psykologisk diskussion af strukturelle betingelser bag vildledning og lovovertrædelser i den kommunale forvaltning[1]

af

Emily Hartz

Sagsbehandler: *»Vi har jo også været på Facebook, og vi har så de her billeder, ikke. Så vi kan også træffe en afgørelse herfra, og så går vi tilbage fra denne her dato, hvor du har ændret dit coverbillede, hvor vi kan sandsynliggøre, at der i hvert tilfælde har været et samliv, plus du har sagt din lejlighed op. Det kan vi også gøre!*

Borger: *Så det er enten derfra eller fra i dag?*

Sagsbehandler: *Ja!*

Borger: *Lige meget om vi har noget økonomisk sammen, eller vi ikke har?*

Sagsbehandler: *Det er ikke kun det, det er ikke kun økonomisk. Det handler om, om man lever i et ægteskabslignende forhold, og om man har så meget sammenblandet, og det vil jeg mene, I har, når I ligesom vurderer, at nu skal I til at flytte sammen, og I har kendt hinanden i et år!«*[2]

Samtalen her er et uddrag fra dokumentarprogrammet *Aktion socialt bedrageri,* som blev sendt på DR i foråret 2013. I programmet følger et TV-hold arbejdet i en række kommunale kontrolenheder. Kontrolenhedernes målsætning er at afsløre sociale bedragere. Dvs. at afsløre folk, der, mod bedre vi-

[1] Jeg retter en stor tak til psykolog Einar C. Salvesen for ideen til at anvende Zimbardo og Milgrams socialpsykologiske resultater i en analyse af problemer i den kommunale forvaltning. Jeg retter også en stor tak til Nina Von Hielmcrone, hvis utrættelige indsats som forsker og offentlig debattør er en vigtig årsag til, at de problemer, som omtales i artiklen, overhovedet er kommet frem i offentligheden. Desuden retter jeg en stor tak til Annette Olesen og Rikke Gottrup for inspirerende diskussioner og konstruktive kommentarer i forbindelse med udarbejdelsen af artiklen.

[2] Uddraget er fra udsendelsen *Aktion socialt bedrageri* sendt på DR1 den 14.01.2013. Denne og de følgende citater fra udsendelsen er afskrevet fra udsendelserne af artiklens forfatter. Bemærk, at direkte tale markeres med *kursiv* i hele artiklen.

dende, modtager offentlige ydelser, de ikke er berettiget til. F.eks. ved at påstå, at de er enlige forsørgere, selvom de bor sammen med en kæreste i et ægteskabslignende forhold.

Programmet blev oprindeligt lanceret som et program, der skulle sætte fokus på afsløring af socialt bedrageri.[3] Programmernes fokus var altså ikke en kritisk stillingtagen til systemet, men tværtimod et kritisk blik på sociale bedragere. Men alligevel endte programmet, som en tilfældig bi-effekt, med at afdække en langt mere dybdegående problematik, nemlig at kommunernes medarbejdere i flere tilfælde selv overtræder lovgivningen og vildleder – i stedet for at vejlede borgere, som i flere tilfælde ikke har gjort noget galt.

Følgende artikel diskuterer mulige social-psykologiske forklaringer bag sådanne eksempler på sagsbehandleres markante afvigelser fra god forvaltningsskik.[4]

Det skal understreges, at det naturligvis ikke er hensigten med artiklen at forsvare sociale bedragere eller påstå, at borgere ustraffet bør kunne snyde sig til ydelser, de ikke er berettiget til. Hensigten med artiklen er alene at problematisere fejl og ulovlige indgreb, som borgere udsættes for, når sagsbehandlere mister fokus på grundliggende forvaltningsretlige værdier. Hensigten med artiklen er heller ikke at hænge enkelte sagsbehandlere ud. En af artiklens konklusioner er derimod, at den slags fejl og ulovlig vildledning, som dokumenteres i udsendelsen, ikke skyldes enkelte inkompetente eller ondsindede medarbejdere, men derimod er en direkte konsekvens af kommunens ukritiske og problematiske metoder i jagten på sociale bedragere. Der er altså ikke tale om en håndfuld dårlige eller sadistiske medarbejdere, men derimod om et strukturelt problem. Problemet drejer sig med andre ord ikke om en håndfuld rådne æbler i en god tønde, men derimod om en rådden tønde, der fordærver de gode æbler, man kommer ned i den.

1. Et tilbud, du ikke kan afslå...

I den scene, som er gengivet ovenfor, er en kvinde blevet kaldt til samtale i Næstved kommune, fordi kommunen har fået et anonymt tip om, at kvinden ikke er enlig.

Fordi hun har oplyst, at hun er enlig, modtager kvinden hver måned et forhøjet børnetilskud på kr. 1.284,-; forhøjet boligsikring på kr. 3.293,- samt

[3] En speaker i begyndelsen af programmet fortæller, at *»socialt bedrageri har store konsekvenser«* og at *»hvis der forsvinder helt op imod 12 milliarder fra den fælles kasse, så svarer det til, hvad det kostede at bygge en halv Storebæltsbro, lønnen for 19.000 læger eller uddannelse af 33.000 nye skolelærere.«* Speakeren slutter med at invitere seerne til at komme *»tæt på det offentliges kontrol af sine borgere og få et indblik i borgernes opfindsomhed i Aktion socialt bedrageri«* (*Action socialt bedrageri* 14.01.2013, DR1).

[4] I en kommende artikel diskuterer jeg sammen med Annette Olesen og Rikke Gottrup økonomiske og strukturelle forklaringer på samme problematik.

to fripladser i daginstitutioner til kr. 3.401,-. I alt modtager hun altså kr. 7.978,- i enligydelse pr. måned. Hvis kvinden alligevel ikke er enlig, og hun har løjet for kommunen, er der tale om socialt bedrageri. I samtalen skal hun derfor redegøre for sine forhold.

I løbet af samtalen oplyser kommunens sagsbehandler kvinden om, at hun ikke er berettiget til enligydelse, bl.a. fordi hun har haft en kæreste i over et halvt år, låner hans bil og planlægger at flytte sammen med ham. Som dokumentation fremlægger sagsbehandleren et print af kvindens Facebook-profil, hvor kvinden har uploadet et billede, hvor hun kysser sin kæreste. Kvinden udtrykker undren og frustration over sagsbehandlerens mistænkeliggørelse, og forklarer: *»Altså, min økonomi er min økonomi, og jeg sørger stadig for alt til mig og mine børn, og hans økonomi er hans økonomi. Vi har ikke noget blandet sammen overhovedet. Jeg har ikke råd til at være der for ham økonomisk, og han har sit eget hus, og han har ikke råd til at være der for mig«* (*Aktion socialt bedrageri* 14.01, 2013, DR1). Som svar på dette forklarer den kommunale medarbejder, som citeret ovenfor, at det ikke kun er det økonomiske, der spiller ind i vurderingen (*Supra*). På den baggrund giver medarbejderen kvinden et ultimatum: Hun kan vælge at underskrive en erklæring, hvor hun fra den dags dato tilkendegiver ikke at være enlig forsørger, eller hun kan modtage et tilbagebetalingskrav fra den dag, hun har sat sin kærestes billede på sin Facebook-profil.

To uger efter samtalen afleverer kvinden en erklæring, hvor hun har skrevet under på, at hun ikke længere er enlig forsørger, og kommunen meddeler i programmet, at hendes ydelse bliver stoppet fra den dato, hvor samtalen fandt sted. Hun beskriver efterfølgende, at hun oplevede, at hun ikke havde andet valg, da hun ellers stod til at miste sine ydelser med tilbagevirkende kraft. Derved kunne Næstved kommune spare kr. 95.736,- om året, og i udsendelsen bliver eksemplet brugt til at illustrere, hvor mange penge kommunerne kan spare ved at sætte ind over for denne form for socialt bedrageri.

Problemet er bare, at kvinden ikke havde gjort noget galt. Det, at planlægge at flytte sammen med en kæreste, udgør ikke et ægteskabslignende forhold. Der var således ikke noget retligt grundlag for at fratage hende enligydelserne, og sagsbehandlerens trussel om at fratage ydelserne med tilbagevirkende kraft må derfor betragtes som vildledning.[5]

I Danmark har vi som hovedregel tillid til de offentlige myndigheder.[6] Når vi henvender os til kommunen eller andre offentlige myndigheder, ved

[5] Dette er bl.a. dokumenteret af Nina Von Hielmcrone, lektor i jura ved Aalborg Universitet i programmet *Orientering* sendt 25.01, 2013, DR, P1.

[6] Se f.eks. rapporten *Corruption Perceptions Index* udarbejdet af Transparency International i 2012, der placerer Danmark som det land i verden, hvor borgerne har mest tillid til, at myndighederne ikke er korrupte. Se også Balvig, Flemming; Holmberg, Lars og Niel-

vi godt, at vi nogle gange kan risikere en langsom sagsbehandling. Men i modsætning til lande hvor demokratiet ikke fungerer lige så godt som hos os, har vi tillid til, at vi ikke risikerer at blive udsat for overgreb eller afpresning, når vi henvender os til kommunen. Denne grundlæggende systemtillid (se *supra* note 6) problematiseres af den sagsbehandlingspraksis, der afdækkes i programmet. Det ville derfor være betryggende, hvis man kunne feje ovenstående eksempel til side ved at påpege, at ulovlig vildledning hører til sjældenhederne, og at tilfældet blot er udtryk for enkelte inkompetente eller moralsk anløbne undtagelser, som udgør »nogle få rådne æbler« i en ellers velfungerende forvaltning. Men, problemer er *for det første,* at det tilsyneladende ikke drejer sig om enkeltilfælde. Alene i udsendelserne *Aktion socialt bedrageri* dokumenteres flere overtrædelser af loven.[7] *For det andet* kan problemet ikke blot forklares ved at anskue nogle medarbejdere som »rådne æbler,« der ikke udfører et tilfredsstillende arbejde. Tværtimod er der (ofte) tale om pligtopfyldende medarbejdere, som selv giver udtryk for, at de løfter en vigtig samfundsopgave. F.eks. understreger en kommunal medarbejder i den første udsendelse af *Aktion socialt bedrageri*: *»[...] jeg er med til at gøre en forskel, jeg er med til at sætte fokus på, at det her er bare ikke ok«* (*Aktion socialt bedrageri* 14.01.2013, DR1).

Udsendelserne konfronterer os derfor med en psykologisk gåde: Hvordan kan det gå til, at kommunalt ansatte, som handler pligtmæssigt uden hensyn til egen vinding, ender med at udføre ulovlig vildledning, og i nogle tilfælde ligefrem afpresser uskyldige borgere til at indrømme forbrydelser, de ikke har begået?

Det er klart, at en vigtig del af problemet skyldes, at lovgivningen på området er notorisk uklar, og at kommunens medarbejdere (ofte ikke-jurister) i mange tilfælde ikke kender loven godt nok.[8] Men, uklar lovgivning synes dog ikke i sig selv at være nok til at forklare de kommunale medarbejderes opfindsomhed i deres jagt på de sociale bedragere og deres villighed til at handle på kant med loven. For at komme ind til problemets kerne må vi derfor se ud over den juridiske diskurs og inddrage social-psykologiske studier af, hvad det er for nogle strukturelle betingelser, der kan få folk til at foreta-

---

sen, Maria Pi Højlund (2010) *Tilliden til politiet i Danmark 2010. Befolkningens syn på og tillid til politiet før og efter gennemførelse af politireformen i 2007,* der konkluderer, at mens der er sket et fald i tilliden til samfundsinstitutioner i Danmark siden 2008, har der hidtil været en konstant høj tillid til samfundsinstitutioner.

[7] Disse lovovertrædelser er bl.a. dokumenteret af Nina Von Hielmcrone, lektor i jura ved Aalborg Universitet og Kirsten Ketscher, professor i jura ved Københavns Universitet i programmet *Orientering* sendt 25.01.2013, DR, P1.

[8] Se bl.a. Lehmann (2001).

ge handlinger, som de ville tage moralsk afstand fra under normale omstændigheder.

Til udvidelsen af forståelsesgrundlaget er det relevant at inddrage to klassiske social-psykologiske eksperimenter. Det ene er Philip Zimbardos berømte fængselseksperiment fra 1971. Det andet er Stanley Milgrams ligeså berømte strøm-eksperiment fra 1961. Begge eksperimenter viser, at helt almindelige mennesker i overraskende grad er villige til at påføre uskyldige personer lidelse, hvis de rigtige – eller snarere de forkerte – betingelser er til stede. Eksperimenterne viser, at det at sætte mennesker i nogle bestemte rammer og tildele dem nogle bestemte roller kan påvirke dem, så den målsætning, de er sat til at opfylde, skygger for deres normale dømmekraft og gør dem i stand til at udføre handlinger, der strider mod deres personlige moral (Zimbardo, Maslach & Haney 2000: 10). Zimbardo kalder denne effekt for »situationens magt« (*situational power*) for at illustrere, at den situation, folk sættes til at agere indenfor, ofte er mere bestemmende for deres adfærd, end deres personlighed eller deres personlige værdier.

I det følgende anvendes Zimbardos og Milgrams resultater til at diskutere, hvordan det kan gå til, at kommunale sagsbehandlere i danske kommuner helt overser moralske og juridiske problemer i deres daglige jagt på sociale bedragere.

Zimbardos og Milgrams resultater er for længst blevet optaget i psykologiens »hall of fame« og indgår som obligatorisk pensum på psykologuddannelser overalt i verden. Men, mens Zimbardos og Milgrams resultater ofte bliver brugt til at forklare tilfælde af tortur og lignende ekstreme krænkelser af menneskerettigheder, er der sjældent fokus på resultaternes betydning for, hvordan vi ser på de strukturelle betingelser i den almindelige forvaltningspraksis. Det er et problem. Hvis vi ved, at situationens magt kan påvirke almindelige mennesker, så de mister deres normale dømmekraft, må det være magtpåliggende, at ledere i den offentlige forvaltning tager ansvar for de strukturelle betingelser, således at sådanne situationer undgås, eller at de skadelige virkninger imødekommes på anden vis. Med andre ord: Hvis vi har den viden, der skal til for at undgå, at pligtopfyldende kommunale medarbejdere bliver til »rådne æbler«, så har vi også en forpligtelse til at anvende den viden.

De spørgsmål, Zimbardo og Milgram stillede, drejede sig ikke om kommuner, der fratager borgere enligydelser, men derimod om statsansatte læger, soldater og almindelige embedsmænd, som organiserede og udførte koncentrationslejrenes rædsler under Anden Verdenskrig (Høeg-Olesen: 36 og Kuschel: 53). Begge eksperimenter havde til formål at forklare, hvordan det kunne lade sig gøre at få folk til at påføre andre mennesker grusomme lidelser i den skala, som verden blev vidne til i de nazistiske udryddelseslejre: Hvordan kunne det ske? »Var det perverterede personer med alvorlige karakterafvigelser? Var de psykopater?« Eller kunne helt almindelige men-

nesker blive onde, hvis de rigtige – eller forkerte – betingelser var til stede? (Kuschel: 53). Zimbardos og Milgrams rystende svar var: Ja! Begge deres eksperimenter viser, at helt almindelige mennesker, som er blevet screenet for psykiske afvigelser, i løbet af kort tid kan påvirkes til at påføre andre mennesker voldsomme og endog livstruende lidelser.[9] En rådden tønde kunne med andre ord i løbet af overraskende kort tid forvandle almindelige personer til rådne æbler.

2. Zimbardos fængselseksperiment

Tesen bag Zimbardos fængselseksperiment var, at hvis man satte forsøgspersoner ind i fængselslignende rammer, ville disse rammer påvirke forsøgspersonerne i en sådan grad, at det ville ændre deres adfærd, og få dem til at begå handlinger, de ville tage moralsk afstand fra under normale omstændigheder.

Denne tese udfordrede den individualpsykologiske teori, der var fremherskende i midten af det 20. århundrede (Kuschel: 54). Ifølge den individualpsykologiske teori er det, der afgør, hvordan personer handler i en given situation, personlighedspsykologiske forhold (Kuschel: 54). Med andre ord: »Syge handlinger kan kun begås af mennesker med et sygt sind« (Kuschel: 54)[10]. Zimbardo og hans forskerkollegaer udfordrede denne individualpsykologiske tese ved at stille det foruroligende spørgsmål: »Vil alle mennesker – under de rette sociale og ideologiske betingelser – kunne forvandles til skrupelløse gerningsmænd? Ville jeg kunne gøre det?« (Kuschel: 54).

Zimbardos fængselseksperiment blev udført på Stanford University i 1971 og forløb over en uge (Zimbardo 2007: 23). Eksperimentet gik ud på at se, hvad der ville ske, hvis man satte alminelige mennesker i en situation, der til forveksling lignede et fængsel. Ville det at tildele sunde og raske forsøgspersoner rollen som hhv. fangevogter og fange være nok til at skabe

[9] Det skal understreges, at diskussionen i denne artikel på ingen måde har til hensigt at sammenligne de lidelser, nazisterne påførte fanger i koncentrationslejrene med de indgreb, kommunalt ansætte påfører borgere mistænkt for socialt bedrageri. Der er tale om lidelser på en usammenlignelig skala. Ethvert forsøg på at sammenstille den lidelse, en borger oplever ved at være økonomisk udsat med den lidelse, mennesker oplevede i nazistiske udryddelseslejre, ville være både usmagelig og fejlagtig. Artiklens pointe er alene, at den socialpsykologiske forskning, der bidrager til at forklare, hvordan almindelige mennesker kunne gøres til bødler i udryddelseslejrene, også kan bidrage til at forklare, hvordan velmenende og pligtopfyldende kommunalt ansatte, på trods af de bedste intentioner, i flere dokumenterede tilfælde ender med at overtræde loven og vildlede uskyldige borgere.

[10] Det samme menneskesyn kendetegner flere undersøgelser i kriminologien fra samme periode. F.eks. stiller både Greve og Christie spørgsmålet »er vi alle kriminelle« i undersøgelser, der afdækker, om årsagen til kriminalitet skal søges i personligheden eller i de strukturelle rammer, folk agerer indenfor (Greve 1972 og Christie 1960).

målbare forskelle i deres interaktion, kommunikation og emotionelle reaktioner? (Kuschel: 57).

For at afprøve tesen omdannede Zimbardo kælderen under det psykologiske institut på Stanford Universitet til et midlertidigt fængsel. I dette fængsel skulle 24 forsøgspersoner agere hhv. fanger og fangevogtere i 14 dage, mens Zimbardo og hans kollegaer observerede deres adfærd (Zimbardo, Maslach og Haney 2000: 5).[11] Forsøgspersonerne blev rekrutteret blandt studerende i USA og blev alle screenet med psykologiske tests for at sikre, at der ikke var psykisk afvigende personer med i eksperimentet (Zimbardo, Maslach og Haney 2000: 5). Dernæst blev der trukket lod for at afgøre, hvem der skulle agere fanger, og hvem der skulle agere vogtere (Zimbardo, Maslach og Haney 2000: 5). Fangevogterne blev udstyret med kakifarvede uniformer og solbriller (Zimbardo, Maslach og Haney 2000: 5). De fik besked på, at deres opgave var at holde ro og orden i fængslet. Til det formål blev de bedt om at udforme et regelsæt for fangernes opførsel (Zimbardo, Maslach og Haney 2000: 6). For at gøre fængselsoplevelsen mere realistisk havde Zimbardo arrangeret, at fangerne blev afhentet på deres bopæl af politiet, hvor de blev arresteret og ført til det midlertidige fængsel under det psykologiske institut, hvor de skulle tilbringe 14 dage i fangenskab.

Transskriberinger fra eksperimentets forberedelsesfase viser, at selv de personer, som var direkte involveret i at sætte eksperimentet op, var skeptiske. Kameramanden Bill bemærker f.eks.: »[...] *den store forskel mellem dit Stanford fængsel og rigtige fængsler er den type indsatte og den type vogtere, du starter ud med. I et virkeligt fængsel har man at gøre med kriminelle typer, voldelige fyre, som bryder loven eller angriber vogterne uden at blinke med øjnene. Der er du nødt til at have nogle hårdføre vogtere for at holde dem på plads, de skal være klar til at sætte sig igennem, hvis det bliver nødvendigt. Dine søde små Stanford knægte er ikke voldelige eller hårdføre som vogtere og indsatte i et virkeligt fængsel*« (Zimbardo 2007: 32, oversat af forfatteren). Flere af de politifolk, der skulle være med til at gøre pågribelsen af fangerne mere realistisk, argumenterede ligeledes for, at der ikke ville ske noget som helst i Zimbardos forsøgsfængsel. Her er f.eks. betjenten Bob: »*Hvordan kan du vide, at de her college-knægte, som ved, at de får $15 om dagen for ikke at gøre noget som helst, ikke bare driver den af i to uger og får lidt sjov på din bekostning?*« (Zimbardo 2007: 32, oversat af forfatteren).

Men både Bill og Bob tog fejl, og den acceleration, hvormed forsøgspersonerne transformerede sig fra almindelige college studerende til hårdkogte

[11] Zimbardo havde en dobbeltrolle i forsøget, hvor han både fungerede som forsøgsleder og leder af det midlertidige fængsel. Dette er senere, både af ham selv og af kritikere, blevet fremført som en metodisk fejl. Der er dog bred enighed om, at denne metodiske fejl i sig selv ikke er nok til at forklare forsøgspersonernes ekstreme adfærd (Kuchel 2011: 67).

fangevogtere, overraskede selv Zimbardo (Zimbardo, Maslach og Haney (2000): 8).[12]

Selvom forsøgspersonerne var blevet grundigt screenet med psykologiske tests for at sikre, at der ikke var psykologiske afvigere blandt forsøgspersonerne, måtte forsøget stoppes efter kun 6 dage, fordi vogternes grusomhed over for fangerne var blevet ekstrem.[13] F.eks. valgte fangevogterne efter kort tid at indføre isolationsfængsling, rationering af cigaretforbrug samt irettesættende ydmygelser af særligt ulydige fanger i form af søvndepravering og fingerede voldtægter.[14]

3. Et kommunalt mødelokale

Selvom der umiddelbart er langt fra Zimbardos fængselskælder til det lyse og venlige mødelokale, hvor mødet mellem borger og sagsbehandler i vores indledende eksempel finder sted, er der grund til at tænke over, hvad vi kan lære af Zimbardos fængsels-eksperiment. Når eksperimentets resultater chokerer os, er det jo netop fordi deltagerne, ligesom de kommunale sagsbehandlere, er helt almindelige mennesker, som ikke har intentioner om at gøre noget forkert.

Zimbardos resultater er mest blevet brugt til at forklare, hvordan almindelige folk kan forvandles til bødler, hvis de sættes i de forkerte omstændigheder. Men udsendelserne *Aktion socialt bedrageri* viser, at det ikke kun er i sådanne ekstreme tilfælde, at almindelige mennesker ender med at handle på en måde, som strider mod deres normale dømmekraft. Ingen af de sagsbehandlere, som deltager i udsendelserne, har intentioner om at overtræde loven eller vildlede borgerne. Alligevel ender de i flere tilfælde med at gøre det. Derfor giver det mening at spørge, om nogle af de samme strukturelle betingelser, som fik fangevogterne i Zimbardos fængselseksperiment til at forvandle sig til hårdkogte sadister, kan genfindes i større eller mindre grad i de kommunale kontrolenheders arbejdspræmisser.

[12] Styrken af situationens magt understreges af, at Zimbardo selv levede sig så meget ind i eksperimentet, at han blev blind for fangernes lidelser. Det var derfor først, da en person udefra, den ph.d. studerende Christina Maslach, besøgte eksperimentet og påpegede det etisk uforsvarlige i at fortsætte forsøget, at det gik op for Zimbardo, at forsøget var gået for vidt og måtte stoppes (Zimbardo, Maslach og Haney (2000: 18).

[13] Ifølge Zimbardo kunne gruppen af fangevogtere opdeles i to. Den ene gruppe gik tilsyneladende helhjertet ind i rollen som sadistisk fangevogter. Den anden gruppe undgik at deltage i ydmygelse og chikane af fangerne og gjorde endda af og til små tjenester for fangerne (Zimbardo, Maslach & Haney 2000: 8). Interessant nok var der ikke en eneste af disse »gode fangevogtere« som på noget tidspunkt satte spørgsmål ved de sadistiske fangevogteres adfærd, eller forsøgte at forhindre afstraffelsen af fangerne (Zimbardo, Maslach & Haney 2000: 8).

[14] Disse og flere ydmygende afstraffelser er beskrevet i detaljer af Zimbardo i hans kronologiske gennemgang af forsøget i bogen *The Lucifer Effect,* Zimbardo 2007: 40-194.

Der er særligt tre betingelser, som er interessante at inddrage i den forbindelse:

- Ulige magtforhold
- Uklare retningslinjer
- En entydig målsætning

3.1. Ulige magtforhold

Der er selvfølgelig stor forskel på den konkrete fysiske magt, fangevogterne har over fangerne på den ene side, og den indirekte økonomiske magt, sagsbehandlerne har over de borgere, som de mistænker for socialt bedrageri. Men i begge tilfælde er der tale om en meget ulige magtrelation, hvor den ene part på mange måder er prisgivet den anden parts magt.

3.2. Uklare retningslinjer

I Zimbardos fængselseksperiment var retningslinjerne så løse, at fangevogterne løbende kunne opfinde nye forseelser og nye grovere straffe (Zimbardo 2007: 40 ff.). Det er klart, at kommunens sagsbehandlere ikke på samme måde som fangevogterne frit kan opfinde regler hen ad vejen. Men samtidig er lovgivningen på området så uklar, at der er en stor margen for fortolkning, som skaber en tilsvarende uklarhed omkring reglerne.

Som lektor i jura ved Aalborg Universitet Nina Von Hielmcrone har forklaret, er f.eks. »Begrebet ægteskabslignende forhold [...] uklart og fører til retsusikkerhed, og det er hverken for myndigheder eller modtagere af sociale ydelser indlysende, hvad der i det konkrete tilfælde falder henholdsvis inden for og uden for begrebet« (Hielmcrone 2011: 154). Det betyder på den ene side, at borgeren har vanskeligt ved at kende sine rettigheder og, på den anden side, at sagens afgørelse i høj grad beror på sagsbehandlerens vurdering. En sådan uklarhed er med til at forstærke den ulige magtrelation. Når der ikke er klare kriterier for, hvad der udgør et ægteskabslignende forhold, vil sagsbehandleren f.eks. løbende skulle tage stilling til, om det, borgeren fortæller, skal fortolkes som et ægteskabslignende forhold eller ej. Derved opstår der en situation, hvor magtforholdet kommer til at gennemsyre alt, hvad der bliver sagt.

I eksemplet fra artiklens indledning kommer problemet med uklare regler bl.a. til udtryk i forbindelse med, at borgeren fortæller, at hun har undladt at tage på ferie med sin kæreste, fordi hun var bekymret for, at hun derved ville sætte sig i en situation, hvor hun ikke længere kunne betragtes som enlig forsørger.

Borgeren: *»Jeg var* [...] *ikke i sommerhus, da jeg holdt sommerferie, fordi vi skulle ikke have fælles ferie, fordi så tænkte jeg, at så kan I også komme efter mig.*

Sagsbehandleren: *Så du har været bevist om, hvad du måtte og hvad du ikke måtte?*

Borgeren: *Ja!*« (*Aktion socialt bedrageri*, 14.01.2013).

Sagsbehandleren forklarer efterfølgende til kameraet, at det, at borgeren er bevidst om, hvad hun må og ikke må, må fortolkes som tegn på, at borgeren forsøger at bedrage kommunen:

»*Jeg begynder faktisk at tvivle på, om hun har handlet i god tro. Udadtil har hun skullet få det til at se ud, som om at hun er enlig. Men hun ved jo godt, at hun har en kæreste. Hun har bare skullet prøve at passe på med at få det til at se ud, som om at hun har været i et forhold ved ikke at tage på ferie med ham*« (*Action socialt bedrageri* 14.01.2013, DR1).

Men, som lektor i jura ved Aalborg Universitet Nina Von Hielmcrone forklarer, kan det at tage på ferie med en kæreste ikke sidestilles med et ægteskabslignende forhold. Derfor har borgeren ikke gjort noget forkert, hverken ved at overveje at tage på ferie med kæresten eller ved at undlade at gøre det (*Orientering*, 25.01.2013, DR, PI). Men fordi afgørelsen beror på en vurdering ud fra regler, som er uklare (eller ukendte), ender borgeren med at blive prisgivet sagsbehandlerens magt på en måde, hvor alt, hvad hun siger, kan og vil blive brugt imod hende.

3.3. En entydig målsætning

En tredje og afgørende parallel mellem Zimbardos fængselseksperiment og arbejdsbetingelserne i de kommunale enheder er, at den uklare regeltilstand er kombineret med en klar og entydig målsætning: Fangevogterne skal holde ro og orden i fængslet og kommunens medarbejdere skal afsløre sociale bedragere, for at kommunen kan spare penge. I udsendelserne fremhæves det f.eks., at Næstved kommune i 2012 har sparet næsten 10 millioner kr. ved at gå målrettet efter enlig-sager (*Aktion socialt bedrageri* 14.01.2013, DR1). DRs udsendelser dokumenterer desuden flere eksempler på, at kommunens medarbejdere italesætter de mulige økonomiske besparelser som det centrale incitament for at gå videre med en sag. Et eksempel er en medarbejder i Odense kommune, som i en sag om en gartner, som er mistænkt for at arbejde, selvom han er fuldtids sygemeldt, bemærker: »*Denne her sag er jo god for Odense kommune, for vi får stoppet for nogle uberettigede ydelser*« (*Action socialt bedrageri* 21.01.2013, DR1). Et andet eksempel er fra Næstved kommune. I forbindelse med en diskussion af, om kommunen bør indkalde en borger til møde på baggrund af informationer, hun har lagt på facebook, bemærker den ansvarlige kommunale medarbejder: »[...] *og hun*

er enlig og får enligydelser, såååh det er sådan en af dem, der er rimeligt dyre, ikk'« (*Action socialt bedrageri* 14.01.2013, DR1).

Det understreges, at der i udsendelserne også er flere eksempler på, at kommunens medarbejdere faktisk tænker ud over den økonomiske målsætning og sammen med borgeren søger at finde en løsning på udfordringerne, f.eks. omkring en sygemelding. I forbindelse med en sag om en autoforhandler i Odense, som mistænkes for at arbejde en smule, selvom han er 100 % sygemeldt, bemærker en kommunal medarbejder med glæde, at: »*Vi får afsluttet denne her sag ved, at han faktisk går ind og raskmelder sig med 25 %. Jeg synes, det er en rigtig god måde, vi har fået løst det på. Fordi det giver ham en chance for at få afviklet sin virksomhed*« (*Action socialt bedrageri* 21.01.2013, DR1).

Eksemplerne viser, at det godt kan lade sig gøre, at holde både de menneskelige, juridiske og økonomiske aspekter for øje i sager, hvor der er mistanke om socialt bedrageri. Men, Zimbardos socialpsykologiske undersøgelser sandsynliggør, at en sådan tilgang ikke kommer af sig selv, men derimod kræver en ledelse, der fastholder hensynet til de menneskelige og juridiske dimensioner som en defineret del af kommunens målsætning.

Hvis ikke de menneskelige og juridiske dimensioner tænkes ind i målsætningen, kan en klar og entydig økonomisk målsætning i stedet være med til at flytte fokus fra midlerne til målet.

4. Milgrams strømeksperiment

Milgrams strømeksperiment har netop fokus på, hvordan pligten til at opfylde en bestemt målsætning kan komme til at påvirke den normale dømmekraft. Milgram undersøgte dette spørgsmål ved hjælp af sit nu berømte strømeksperiment. Strømeksperimentet blev udført på Yale Universitet første gang i 1961. Eksperimentet havde til formål at undersøge, hvor meget smerte almindelige mennesker er parate til at påføre tilfældige andre, blot fordi en autoritetsperson beder dem om det, og ligesom Zimbardo blev Milgram selv rystet over resultaterne, der viste, at et flertal er parate til at tilføje tilfældige andre potentielt dødelige elektriske stød, når forsøgslederen siger, at forsøget kræver det (Milgram 1973: 62).

Eksperimentets fundamentale design er, at to mennesker ankommer til et psykologisk laboratorium for at deltage i en undersøgelse af hukommelse og indlæring (Milgram 1973: 62). Ved lodtrækning udpeges den ene som »lærer« og den anden som »elev«. Lodtrækningen er fingeret, så det altid er den egentlige forsøgsperson, der ender som »lærer«, mens »eleven« er en skuespiller (Milgram 1973: 62). Forsøgslederen forklarer, at eksperimentet går ud på at undersøge sammenhængen mellem straf og indlæring (Milgram 1973: 62). »Eleven« bliver ført ind i et værelse og sat i en slags elektrisk stol. Hans arme bliver fikserede, og der bliver sat en elektrode på hans

håndled. Efter at have overværet dette bliver »læreren«, som altså er den egentlige forsøgsperson, ført ind i et tilstødende værelse og sat foran en stødgenerator. Generatoren er udstyret med 30 kontakter i horisontal linje. Disse kontakter er tydeligt markeret med angivelse af strømstyrke fra 15-450 volt. Desuden er kontakterne markerede gruppevis med betegnelserne »svagt stød«, »moderat stød«, »kraftigt stød«, »meget kraftigt stød«, »fare: farligt stød« (Milgram 1973: 62). Inden eksperimentet går i gang påføres forsøgspersonen (»læreren«) et stød på 45 volt, hvilket overbeviser forsøgspersonen yderligere om stød-generatorens ægthed (Milgram 1973: 62).

Indlæringsopgaven består i at huske og gengive en række ord (Høgh-Olesen: 38 og Milgram 1973: 62). Forsøgslederen instruerer »læreren« i at give »eleven« et elektrisk stød ved at trykke på en knap på stødgeneratoren, når eleven svarer forkert (Høgh-Olesen: 38 Milgram 1973: 62). Som Høgh-Olesen forklarer, kan »læreren [...] ikke se eleven, men han kan høre ham, og fra en strømstyrke på 300 volt er eleven instrueret i at reagere med høje råb og bank på væggen, samtidig med at han ikke længere besvarer spørgsmålene« (Høgh-Olesen: 39 og Milgram 1973: 62). »Fra 320 volt og op hører man ikke længere nogen reaktion fra eleven, ligesom han ikke besvarer spørgsmålene« (Høgh-Olesen: 39, Milgram 1973: 62).

De fleste af forsøgspersonerne viste tydelige tegn på ubehag. »Forsøgspersonerne sveder, stammer, ryster, bider sig i læberne og borer deres fingernegle ned i armene på sig selv. Fjorten ud af fyrre får hysteriske latteranfald, og stort set alle forsøger på et tidspunkt at slippe ud af forsøget« (Høgh-Olesen: 39).

Når forsøgspersonerne forsøger at slippe ud af eksperimentet, får de besked af forsøgslederen (en mand med kittel) om at *»Forsøget kræver, at De fortsætter«* (Høgh-Olesen: 39). Forsøgslederen har ingen reel magt over forsøgspersonerne, og de bliver ikke holdt fysisk tilbage, alligevel fortsætter et skræmmende stort antal med at tildele »eleven«, hvad de tror er voldsomme og farlige stød.

Inden Milgram publicerede sine resultater, udførte han en undersøgelse blandt en større gruppe psykologer for at afdække, hvorvidt fagpersoner vurderede, at almindelige mennesker ville være parate til at påføre tilfældige mennesker farligt stød, blot fordi de fik besked om at gøre det af en autoritetsperson. De adspurgte psykologer anslog, at omkring 4 pct. ville nå op på 300 volt, men kun en patologisk minoritet, der ville skulle tælles i promiller, ville gå helt op på 450 volt (Milgram 1973: 64). Forsøget viste noget andet. 100 pct. af forsøgspersonerne viste sig at være parate til at give op til 300 volt, og 65 pct. gik hele vejen og sendte gentagne gange 450 volt ind i kroppen på en tilfældig person, som de lige har mødt, og som først har udstødt høje smerteskrig og siden er holdt helt op med at reagere på de stillede spørgsmål (Høgh-Olesen: 39).

Milgrams transskribering af forsøgenes dialog illustrerer, at forsøgspersonerne ikke synes at være drevet af ondskabsfuldhed eller sadisme. Tværtimod viser de fleste forsøgspersoner tydelige tegn på ubehag ved den handling, de bliver bedt om at udføre. I følgende eksempel er forsøgspersonen nået op på 375 volt og udtrykker bekymring ved at fortsætte.

»Forsøgsperson: *Jeg tror, der er sket noget med fyren derinde. Jeg får ikke noget svar. Han skreg ved lavere volt. Vil du ikke være venlig at tjekke, om han er ok?*

Forsøgsleder: (med distanceret kølighed): *Ikke når forsøget er påbegyndt. Vær venlig at fortsætte, lærer.«*

Forsøgspersonen fortsætter herefter det, han tror er et indlæringseksperiment, der gælder om at teste, om »eleven« kan udpege det rigtige ord i en ordrække.

»Forsøgsperson (sætter sig, sukker dybt): ›[oplæsning] *Kølig, dag, skygge, vand, maling. Vær venlig at svare. Er du ok derinde? Er du ok?*

Forsøgsleder: *Vær venlig at fortsætte, lærer. Fortsæt venligst.* (Forsøgspersonen trykker på kontakten. Zzumph!)

Forsøgsperson (drejer rundt i stolen): *Der er sket noget med den mand derinde.* (Drejer tilbage i stolen.) *Næste.* [oplæsning] *Lav – dollar, halskæde, måne, maling.* (Drejer rundt igen.) *Der er sket noget med den mand derinde. Du må hellere se til ham, hr. Han vil ikke svare på noget.*

Forsøgsleder: *Fortsæt. Vær venlig at fortsætte.*

Forsøgsperson: *Accepterer du det fulde ansvar?*

Forsøgslederen: *Ansvaret er mit. Korrekt. Vær venlig at fortsætte.* (Forsøgspersonen vender tilbage til sin liste og begynder at løbe ordene igennem så hurtigt, han kan læse dem mens han arbejder sig igennem til 450 volt.)

Forsøgsperson: *Det var det.*

Forsøgsleder: *Fortsæt, og brug 450 volt for hvert forkert svar. Vær venlig at fortsætte.*

Forsøgsperson: *Men jeg får ikke noget!*

Forsøgsleder: *Vær venlig at fortsætte. Det næste ord er »hvid.«*

Forsøgsperson: Synes du ikke, vi skulle se til ham? Hvis du vil være så venlig.

Forsøgsleder: *Ikke efter vi har påbegyndt forsøget.*

Forsøgsperson: *Hvad, hvis han er død derinde‹* (peger hen mod rummet med den elektriske stol.) *›Jeg mener, han fortalte mig, at han ikke kunne klare stødene. Jeg siger det ikke for at være uhøflig, men jeg synes, du skulle se til ham. Det eneste, du behøver at gøre, er at se til ham. Det eneste, du behøver at gøre, er at kigge ind ad døren. Jeg får ikke noget svar, ikke en lyd. Der kunne være sket noget med personen derinde, hr.*

Forsøgslederen: *Vi må fortsætte. Fortsæt venligst.*

Forsøgsperson: *Du mener, blive ved med at give ham, hvad? 450 volt, hvad har han nu?*

Forsøgslederen: *Det er korrekt. Fortsæt. Det næste ord er »hvid. «*

Forsøgsperson (nu i rasende fart): [oplæsning] *Hvid, sky, hest, klippe, hus. Vær venlig at svare. Svaret er »hest.« Firehundrede og halvtreds volt. (Zzumph!) Næste ord,* [oplæsning] *Taske – maling, musik, klovn, pige. Svaret er »maling.« 450 volt. (Zzumph!) Næste ord er* [oplæsning] *kort – sætning, film* [...].

Forsøgsleder: *Undskyld mig, lærer. Vi bliver nødt til at afbryde forsøget.«*[15]

Som eksemplet viser, anvender forsøgslederen ikke nogen form for tvang, for at få forsøgspersonen til at fortsætte. Han understreger blot, at forsøget kræver, at der fortsættes.

Ifølge Milgram viser forsøget, at en entydig målsætning og en oplevelse af pligt kan overskygge vores normale dømmekraft (Milgram 1973: 77). Når forsøgspersonerne ikke reagerer på deres eget moralske ubehag, er det blandt andet, fordi de bedømmer det moralske indhold af handlingen ud fra den pligt, de er blevet pålagt af forsøgslederen.

Milgram understreger, at vores sprog er fyldt med ord, der udtrykker en sådan pligt-moral (Milgram 1973: 77). »Loyalitet, pligt og disciplin er således

[15] Uddraget er oversat af artiklens forfatter fra Milgram (1973) »The Perils of Obedience« i *Harper's* 274:1483: 66.

alle sammen moralsk positivt ladede ord, som henviser til den grad, hvormed en person opfylder sine forpligtelser over for en autoritet« (Milgram 1973: 77, passagen er oversat fra Engelsk af forfatteren). Ifølge Milgram er den mest vidtrækkende konsekvens [af en sådan pligtfølelse], at personen føler sig ansvarlig overfor *autoriteten*, men ikke føler sig ansvarlig for indholdet af de *handlinger*, autoriteten dikterer (Milgram 1973: 77) (kursivering tilføjet af forfatteren).

Milgrams eksperiment viser, at denne effekt ikke bremses af, at det, vi bliver bedt om at gøre, er noget, der går imod vores personlige moral, og derfor forekommer os ubehageligt. Dette kan bl.a. skyldes, at vi er vant til at tænke på moral som noget, der er forbundet med en overvindelse af vores umiddelbare lyster: At handle moralsk er at gøre vores pligt, *i modsætning* til bare at følge vores lyster. Derfor kan det at overvinde vores egen modvilje mod at udføre en bestemt handling være med til bekræfte os i, at handlingen er moralsk god. Det mest kendte eksempel på denne form for moralsk kortslutning er den nazistiske embedsmand Adolf Eichmann. Eichmann var ansvarlig for at organisere transporten af jøderne til dødslejrene i hele det besatte Østeuropa. Alligevel udtalte han i en efterfølgende retssag, at han hele sit liv havde handlet efter Kants kategoriske imperativ, dvs. at han hele sit liv havde handlet efter den strengest tænkelige moralske forskrift.[16] Det, Eichman mente, var, at han hele sit liv havde udført den pligt, som var blevet ham pålagt, uanset, hvor ubehagelig denne pligt end forekom ham. Han havde med andre ord overvundet sit umiddelbare ubehag og gjort sin pligt.

Selvom konsekvenserne af fangevogternes eller sagsbehandlernes handlinger ikke på nogen meningsfuld måde kan sammenlignes med konsekvenserne og omfanget af Eichmans forbrydelser, så giver Milgrams strømeksperiment anledning til at overveje, om den samme form for moralske kortslutning er på spil. Er der, også i disse tilfælde, tale om form for »Eichmaneffekt«? Med andre ord: Kan det, at blive sat til at nå et bestemt mål, uden samtidig at blive bedt om at reflektere over de etiske udfordringer, som er forbundet med midlerne, i sig selv være med til at kortslutte vores dømmekraft?

I programmet *Aktion socialt bedrageri* giver sagsbehandlerne flere gange udtryk for, at deres opgave er at afsløre sociale bedragere. Men, ingen af dem problematiserer denne præmis. Mens flere af dem giver udtryk for, at deres job nogle gange kan være ubehageligt, og at de godt er klar over, at borgerne ikke er begejstrede for at blive indkaldt til samtale, eller at blive udsat for uvarslede kontrolbesøg, er der ingen af sagsbehandlerne, som giver udtryk for, at disse ubehagelige aspekter skal influere, hvordan de løser deres primære målsætning: At afsløre socialt bedrageri.

[16] Eichmanns udtalelser er grundigt dokumenteret og analyseret i bogen *Eichmann in Jerusalem* af Hannah Arendt

Milgrams eksperiment kan, i denne sammenhæng, bruges til at minde os om, at en oplevelse af at være forpligtet kan udløse en Eichmann-effekt, der skygger for vores moralske dømmekraft. Det kan være med til at forklare, hvorfor flere af sagsbehandlerne i programmet *Aktion socialt bedrageri* ikke i højere grad stiller spørgsmålstegn ved den juridiske basis for de afgørelser, de træffer, eller de etiske problemstillinger, der ligger i det ulige magtforhold mellem sagsbehandler og borger.

6. Konklusion

Hverken sagsbehandlerne i programmet *Aktion socialt bedrageri* eller forsøgspersonerne i Zimbardos og Milgrams eksperimenter er onde i den forstand, vi er vant til at tænke på ondskab. Der er ikke nogen af dem, der lider af psykologiske anomalier. Tværtimod er både sagsbehandlerne og forsøgspersonerne almindelige mennesker, der forsøger at løse den opgave, de er blevet pålagt, hvad enten det er at udføre indlæringseksperimentet korrekt, holde ro og orden i fængslet eller afsløre sociale bedragere. Alligevel er forsøgspersonerne i strømeksperimentet parate til at give tilfældige mennesker farlige elektriske stød og i fængselseksperimentet at implementere en række grusomme afstraffelser, som de selv efterfølgende er chokerede over. Sagsbehandlerne i programmet *Aktion socialt bedrageri* udsætter ikke deres klienter for tilsvarende fysiske farer, men de ender i flere tilfælde med at påføre uskyldige mennesker unødig lidelse og med at bryde loven, selvom de selv giver udtryk for, at de netop ser deres arbejde som et bidrag til at sørge for at loven overholdes. Dette må give stof til eftertanke.

Det er klart, at ingen entydigt kan afgøre, hvad det var, der fik forsøgspersonerne i Milgram og Zimbardos eksperimenter til at handle, som de gjorde. Det kan være, at frygten for at skade en uskyldig person er så voldsom, at deltagerne i Milgrams strømforsøg nødvendigvis måtte lukke ned for al empati for overhovedet at holde det ud. Det kan også være, at svaret er at finde i den gruppeidentitet, der opstår, når man har ens kakifarvet tøj på, som i Zimbardos fængselseksperiment. Der kan også være andre betingelser, som forsøgslederne ikke har været opmærksomme på. Derfor skal man naturligvis være varsom med at drage paralleller eller udpege et enkelt faktum som afgørende for, at deltagerne mistede deres dømmekraft. Men omvendt er det slående, at der både i Zimbardos og Milgrams eksperimenter og i kommunens kontrolenheder er tale om almindelige mennesker, som ikke har intentioner om at gøre nogen ondt eller at bryde loven. I alle tre tilfælde synes der at være nogle påvirkninger i selve de strukturelle betingelser, som personerne arbejder indenfor, som gør det svært at opretholde den almindelige moralske og juridiske dømmekraft. Derfor giver det god mening at reflektere over, hvordan man kan sikre en bedre ramme for at undgå, at folk sættes i

situationer, hvor de ender med at udføre handlinger, som i virkeligheden er i modstrid både med loven og med personernes faglige dømmekraft.

Selv hvis Zimbardos og Milgrams resultater ikke til fulde kan forklare, hvorfor kommunernes medarbejdere i en række konkrete tilfælde udfører handlinger, der står i modstrid med deres faglige dømmekraft, kan vi ikke komme udenom at stille den samme *slags* spørgsmål, som Zimbardo og Milgram: Hvordan kan almindelige mennesker med gode intentioner ende med at udføre ulovlig vildledning og afpresning? Hvis ledere i den kommunale forvaltning ikke stiller sig selv disse spørgsmål, ender de med at vende det blinde øje til en strukturel mekanisme, som, vi ved, kan svække almindelige menneskers dømmekraft og med stor sandsynlighed fører til overgreb mod uskyldige borgere.

Emily Hartz

Litteratur:

Arendt, Hannah (2006) *Eichmann in Jerusalem*, Penguin Classics, London.

Christie, N. (1960) *Unge norske lovovertredere,* Universitetsforlaget, Oslo.

Greve, Vagn (1972) *Kriminalitet som normalitet: et studie i den ikke-registrerede kriminalitet i Danmark*, Juristforbundets Forlag, København.

Hielmcrone, Nina Von (2011) »Uhensigtsmæssige forsørgelsesforhold i dansk socialret« i *Nordisk Socialrättsligt Tidsskrift* nr. 3 – 4, side 135-156.

Høeg-Olesen, Henrik (2011) »Lydighedens dilemma« i Høeg-Olesen og Dalsgaard (red.) *20 psykologiske eksperimenter – der ændrede vores syn på mennesket,* Plurafutura Publishing side 33-50.

Kuschel, Rolf (2011) »Hvordan kan gode mennesker blive onde?« i Høeg-Olesen og Dalsgaard (red.) *20 psykologiske eksperimanter – der ændrede vores syn på mennesket,* Plurafutura Publishing side 51-72.

Kristiansen, Bettina Lehmann (2001) *Pantefogederne og deres retsanvendelse,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Milgram, Stanley (1973) »The Perils of Obedience« i *Harper's* 274:1483 (1973) side 62-77.

Zimbardo, P. G., Maslach, C., & Haney, C. (2000) »Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, transformations, consequences« i T. Blass (Red.), *Obedience to authority: Current Perspectives on the Milgram paradigm.* Mahwah, N.J., Erlbaum.

Zimbardo, Philip (2007) *The Lucifer Effect. How Good People Turn Evil,* Rider.

Desuden citeres fra radio og TV programmer:

Radioprogrammet *Orientering*, 25.01. 2013, DR, P1.

TV programmet *Aktion socialt bedrageri* 14.01 og 21.01., 2013, DR1.

Endelig citeres fra følgende rapporter m.m.:

Corruption Perceptions Index udarbejdet af Transparency International i 2012 (http://www.transparency.org/cpi2012/results#myAnchor2) downloaded den 15.08.2012.

Balvig, Flemming; Holmberg, Lars og Nielsen, Maria Pi Højlund (2010) *Tilliden til politiet i Danmark 2010. Befolkningens syn på og tillid til politiet før og efter gennemførelse af politireformen i 2007*, Københavns Universitet / Rigspolitiet.

Regulatory channels and the energy sector: The "New Chicago School" as a methodological framework for considering Danish heat planning laws

by

Michael Herborn

1. Introduction

This article presents a sketch of a methodological framework for considering regulation of the Danish heat sector and is based upon the New Chicago School of regulation as outlined by Lawrence Lessig.[1] The primary concern of the article is to outline the tenets of the New Chicago School, its jurisprudential heritage and what methodological problems and possibilities it poses if it were applied to an analysis of the heat sector. The New Chicago School, a branch of rational choice law and economics, considers law to be one channel of regulation amongst others. Three other channels are identified by Lessig – *markets*, *norms*, and *architecture*. These channels create constraints upon individuals that shape human activity in similar ways to the law. Channels do not work in isolation, but can shape the ways in which the other channels regulate behaviour. While such a generalisation does a disservice to this jurisprudential school of thought, it could be argued that adherents of this school see the law through the eyes of positivism, whereas the other channels of regulation are "natural" channels of regulation – i.e. it is a school of positive law and natural regulation. Law therefore functions as both a regulator and meta-regulator given its ability to shape other channels of regulation. New Chicagoans see this interplay as an opportunity to achieve regulatory goals through law's indirect effect upon individuals, achieved through impacting upon these other channels and thereby regulating behaviour in a potentially more subtle, appropriate, or effective manner than simply through legislation.

The impetus for this methodological enquiry is to assess the suitability of the current regulatory framework for the heat sector following the develop-

[1] Lawrence Lessig, "The New Chicago School."*The Journal of Legal Studies* 27, no. S2 (June 1, 1998): 661-691. doi:10.1086/468039.

ment of fourth generation district heating (4GDH), which has the potential for significant environmental and economic benefits. 4GDH systems involve heating and distributing water at lower temperatures,[2] leading to significant reductions in greenhouse gas emissions when producing heated water as a result of the lower temperatures, but also as these lower temperatures make electrical water heating feasible, which in turn enables heat producers to utilise surplus wind energy. As such, the future heat sector will be defined in part by closer integration with the electricity sector, and given the possibility of this greater use of electricity, closer geographic integration due to the breakdown of the traditional geographical nexus between heat production and consumption. These developments pose challenges for the current regulatory system in Denmark, which is fragmented according to sector and municipality. Following Lessig's classification, the technological advances within the district heating sector constitute a fundamental shift in *architecture* for the energy sector. As energy policy in Denmark, as with most other nations, is guided by ensuring energy security and transitioning towards a fossil-fuel free future, 4GDH has the attention of energy planners. This is evidenced by the Danish Strategic Research Council's subsidy for the 4DH, an international research centre which develops fourth generation district heating technologies and systems, of which the University of Southern Denmark is a member. The research method explored in this article will be used as a platform for a PhD thesis examining the current regulatory structure for district heating in Denmark and the legal issues this raises for municipalities in their capacity as energy planners. These methodological considerations ought to be applicable in other areas of energy law and it is hoped that they may prove a useful platform for legal research in the area, the framing of legislation, as well as providing greater regulatory clarity for planners.

A deductive approach is taken, exploring the potential of the New Chicago School for explaining the outcomes of the current regulatory approach to the heating sector in Denmark as well as its potential for addressing the future development of the Danish energy sector in general. The next section of this paper following this introduction, section two, sets out the New Chicago School approach, its ideological history and its success in describing law's role as a method of regulation alongside the other regulatory mechanisms of the market, norms and architecture, but also as law's role as a meta-regulator. The centrality of rationality to this approach is discussed, critiqued and refined in section three. This is followed in section four by an analysis of how the different regulatory channels interact, and the dangers

[2] "4DH Project Description" (4DH, July 6, 2012), 2-3, http://4dh.dk/images/about/Project-description4DH.pdf.

this poses for both predictability of results, but also the creation of Frankenstein's monsters – well-intentioned legislation whose impact acts as a catalyst for negative side-effects. Section five considers the methodological strengths and weaknesses of applying the New Chicago School approach within the heating sector, including how insights from sections three and four in particular can be introduced into the design of heat legislation. Of particular interest is the use of game theory within law as a means of modelling strategic behaviour based upon rational expectations of behaviour. The conclusions are outlined in section six.

2. The New Chicago School approach to law and economics

Based upon rational choice law and economics, the New Chicago School approach, as set out by Lawrence Lessig, considers law to be one of four key modalities of regulation, the others being markets, norms and architecture.[3] While the first three terms are familiar to lawyers, the last is less so, but refers to the constraints of the world as we know it, ranging from technology to geography to physiology plus everything in between (and more). Regulation is not looked at in a narrow legalistic manner, but instead is synonymous with the term constraints. These regulatory mechanisms create a series of constraints, "the net" of regulation as described by Richard Ellicksen, that individuals take into account when they decide how to act.[4] Individuals, acting rationally and in their own self-interest, then adapt their behaviour in a way that delivers the best result in terms of their own self-interest as reflected by these constraints.

What advocates of this approach to regulation put forward is not that the importance of law is diminished due to the existence of these other channels, but how it is used ought to be more thoughtfully considered. Whereas the mainstream "old school" Chicago law and economics points towards a diminished role for law and a laissez-faire approach to regulation, the New School calls for a more nuanced approach to legal intervention where the law is used to intervene in other channels of regulation. What the New School approach puts forwards is their bid as to a description of how the law actually operates. It is not just a call to arms for a new way of regulating behaviour. Instead, what the New School pushes for is a better understanding of regulatory channels other than the law, how the law can impact upon those channels, and then through this greater level of understanding of regulation, regulate better through the law, not necessarily less. This chapter charts the development of the New Chicago School from its older Chicago School forbears.

[3] Lessig, "The New Chicago School," 665.

[4] Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1994).

2.1. Three generations of Chicago Law and Economics

Given the inclusion of the term "new", it ought not to come as a surprise that the New Chicago School approach is not the first Chicago School approach to law and economics. While the term New Chicago School will continue to be used in this article given its usage by Lawrence Lessig in his description of the school, it is perhaps more fitting to think of this approach to regulation as representing a third generation of Chicago thought. The essence of the economic approach adopted by the three generations is that the law is regarded as one channel of regulation among others, creating constraints upon the actions of individuals who act rationally when deciding which actions to take. Rationality is defined in the sense that individuals act in their own self-interest so as to maximise their own utility. Rationality is expressed as a function of price, and thus rational individuals act as profit-maximisers, with purchases made at lowest cost and sale at the level where profits are maximised. This behaviour can be modelled, and if rationality can be determined, these models can have predictive power as to the behaviour of individuals subjected to such regulation.

What Lessig refers to as the Old Chicago School was referred to as the New Chicago School in the 1970s by Harry Trebing when he considered regulatory approaches to monopolies within public utilities.[5] Trebing's conception of the Old Chicago School instead referred to that set out by Henry Simons, Frank Knight and others at the University of Chicago in the 1930s,[6] who in this context can be regarded as the first generation of Chicago Law and Economics scholars.[7] The key issue of concern for this first generation was monopolies, as they regarded this as a concentration of power within groups of individuals that left society open to abuse of this power.[8] Concern over monopoly abuse was not new, nor unique to Chicago. Monopolies, including natural monopolies such as district heating networks, are looked upon with suspicion as they are associated with what economists describe as a *societal welfare loss* as a result of pricing at the profit maximising equilibrium rather than the price where supply meets demand that represents the socially optimal price. This is particularly problematic in the case of public utilities given their importance in terms of economic and social infrastructure.

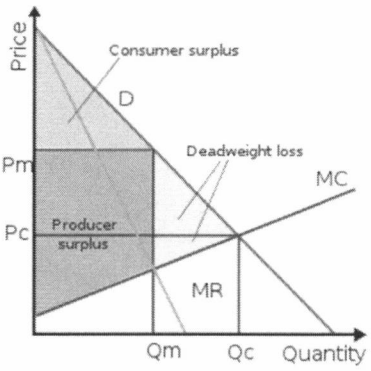
[5] Harry M. Trebing, "The Chicago School Versus Public Utility Regulation," *Journal of Economic Issues* 10, no. 1 (March 1, 1976): 100, doi:10.2307/4224470.

[6] Ibid., 99.

[7] Nicholas Mercuro, "The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics," *Journal Jurisprudence* 2 (2009): 74-75.

[8] Trebing, "The Chicago School Versus Public Utility Regulation," 99.

Figure 1: Monopoly supply and demand curve



This can be seen in diagram form, as in figure 1. Instead of selling their products at the point where supply equals demand, (price P_c and quantity Q_c), which is the expectation where competition exists; they sell their products at the point where marginal cost (MC) equals marginal revenue (MR), i.e. price P_m and quantity Q_m. This is known as the profit maximising equilibrium and is the point where the greatest profit is available for producers. However, at this price, there exists a deadweight loss for society that represents a suboptimal allocation of resources.

Broadly speaking, three approaches can be taken by lawmakers who may choose to intervene in monopoly: they can nationalise these monopolies, they can regulate them, or they can adopt a hands off approach and leave them to market forces. A defining feature of the first generation of Chicago Scholars was the school's rejection of public regulation of monopolies of public utilities in favour of public ownership.[9] First generation scholars were sceptical of the ability of regulators to reign in monopolies and put forward the idea that the public should instead own and control public utilities and other socially important monopolies so as to shield them from the abuse of the monopolists who would act in their own self-interest and price to maximise profits rather than allocate resources in the most socially desirable manner. As such, instead of using the law to regulate monopolies, the state should take them under public control – at least for public utilities – and thereby subject the excesses of monopoly power to democratic control.

Whereas first generation economists such as Simons put forward the case for public ownership of monopolies, the second generation tool a laissez-faire approach, with the invisible hand of the market trusted over the intervention of the state. Second generation scholars argued instead that private monopolies were best placed to respond to changes in the regulatory structure and thereby respond most favourably to the reintroduction of competition.[10] The market in this sense was ultimately self-regulating and interference with it would increase the time it would take for markets to self-right themselves, meaning that the market itself was best placed to solve prob-

[9] Ibid.
[10] Ibid., 99-100.

lems of market failure.[11] However, both first and second generation have in common a distrust of the ability of law to adequately regulate monopolies as an economic entity, albeit with solutions at different ends of the spectrum. Trebing describes the differences between the school accordingly: *"(1) a shift in emphasis from concern over private monopoly power to concern over the political power exercised by government; (2) policy proposals which place government in a passive role relative to the enterprise and the consumer; (3) a continuing effort to preserve the efficacy of the market mechanism, even in the face of major structural imperfections; (4) a reliance on a high level of abstraction for purposes of analysis and policy prescriptions; and (5) a belief that the consumer, unassisted by government control or regulation, should be the final arbiter on matters of pollution, abusive practices, and the mix and level of output."*[12]

The second generation Chicago approach has come to be regarded as the predominant understanding, or preconception, of law and economics.[13] The approach of this generation is closely connected with the neoclassical Chicago School of Economics that emerged in the 1950s, which promoted a free market agenda with limited government intervention, the belief that economics has a role in all areas of life, and a commitment to economic models of the market used by its scholars as being an accurate representation of real life.[14] Whereas lawyers may be assumed to advocate the law as a policy tool of government, second generation scholars saw law's intrusion into the public sphere as counterproductive, trusting instead the workings of the market to address instances of market failure and the distribution of scarce resources. The second generation includes among its number of Nobel Prize winners, including Gary Becker, Ronald Coase, and Milton Friedman, as well as lawyers such as Richard Posner whose standing is such that they can almost be described as household names. The ideas of the school have become mainstream law and economics scholarship and have been implemented in a number of states in legislative form through the deregulation of public utilities and the introduction of an element of competition in auctions for the awarding of monopoly licences.

One of the key innovations of the second generation was to apply price theory to the non-market arena, with individuals described as acting in their own self-interest in relation to assessing the costs and benefits of all actions. Gary Becker led the way when he applied economic thinking to racial dis-

[11] Ibid., 100-101.

[12] Ibid., 104.

[13] Mercuro, "The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics."

[14] H. Laurence Miller, "On the 'Chicago School of Economics'," *Journal of Political Economy* 70, no. 1 (February 1, 1962): 65, doi:10.2307/1827022.

crimination, crime and family law among other areas.[15] Another key principle in this school of thought is the Coase theorem. Based upon Chicago economist Ronald Coase's seminal article, *The Problem of Social Cost*, George Stigler puts forward what he described as the Coase theorem for considering the trade of externalities. The theorem puts forward that when transaction costs were zero, trade in an externality would lead to an efficient outcome regardless of the initial allocation of property. Efficiency in this sense is defined as Pareto efficiency, which reflects an allocation of resources at point it is not possible to make another person better off without making someone else worse off. What this interpretation of Coase's work suggested is that when left to negotiate between themselves, in the absence of transaction costs, parties to a dispute would find a better outcome than the state. Essentially, the state should not intervene.

For many years, law and economics theory struggled to include the power of norms in much earlier scholarship, the focus instead lying upon the price signalling mechanisms of the market and law's behaviour coercive through sanctions. The regulatory power of norms is a well-versed concept in legal theory, and norms in this context are understood in the traditional jurisprudential sense as being obligations enforced by social sanctions, rather than merely statistical trends.[16] One of the seminal studies in the challenge put forward by law and norms scholars was the Shasta County study carried out by Richard C. Ellicksen, where he examined the tendencies of farmers living in rural farming communities to prefer informal normative mechanisms for settling disputes relating to trespassing cattle.[17] Again the key message of this was that even if the state attempted to regulate the normative environment, it would fail to do so efficiently as these rural farmers have developed a normative framework for regulating this issue, and thereby ignoring the law as a dispute settlement mechanism.

What ties these two generations together was that the law was not the only regulatory mechanism, nor was it necessarily the most effective. Law's intervention in other channels of regulation, both normative and market based was inappropriate and risked inefficient results.

2.2. The third generation – The New Chicago School

As noted above, the third means of dealing with monopolies is through public regulation. Unlike public ownership and deregulation, regulation lies up-

[15] Mercuro, "The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics," 76; Gary S. Becker, "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior," *Journal of Political Economy* 101, no. 3 (June 1, 1993): 385-409, doi:10.2307/2138769.

[16] Richard H. McAdams, "The Origin, Development, and Regulation of Norms," *Michigan Law Review* 96, no. 2 (November 1, 1997): 350-351, doi:10.2307/1290070.

[17] Ellickson, *Order Without Law*.

on a sliding scale of public intrusion into the market rather than representing fixed anchors at either side of the spectrum. This third way comes closer to the New Chicago School approach, the third generation, who, unlike their first and second generation forbears, see a role for law in the management of not only monopolies, but other types of market as well as the other channels of regulation – norms and architecture. It is this shift in willingness to intervene in other regulatory channels that differentiates second from third generation scholars. For third generation Chicagoans, rather than adopting a laissez faire approach, these other regulatory mechanisms offer an opportunity for better regulation rather than less. This is because law is regarded not only as a regulator, but a *meta-regulator*. Law is not merely a distinct channel of regulation separate from the market, norms or architecture, but subjects these other channels to regulation themselves. Instead of using law to directly regulate, the law can also be used to indirectly regulate behaviour by placing legal constraints upon the other channels of regulation. Legislators ought to utilise both the direct and indirect effect of legal regulation and its ability to influence the development of other channels of regulation. This is the central premise of the New Chicago approach – law's potential as a meta-regulator through direct and indirect regulation of behaviour through its ability to impact upon other modalities of regulation.

The basic tenets of the New Chicago School approach can be summarised as follows. Firstly, regulation is interpreted through the behaviour of individuals. Secondly, individuals are assumed to act rationally. Thirdly, if it is possible to determine what the rational choice for an individual would be, behaviour is predictable, can be aggregated across a society and thus facilitates the modelling of behaviour that can be used to predict the outcome of regulation. Fourthly, regulation does not take place solely through legal channels and therefore other channels of regulation (norms, markets and architecture); have similar regulatory effects upon behaviour. Fifthly, as law is the state's entry point into other channels of regulation, and law has the potential to impact upon these other channels, law is not only a regulator, but a meta-regulator. And sixthly and perhaps most significantly compared to the *Old Chicago School* of law and economics, the state ought not to refrain from intervention, but actively use law as a means of indirectly regulating other channels of activity.

While the regulatory concepts of norms and markets have already been discussed, the regulatory power of architecture has not, nor is it a concept that is necessarily familiar to most lawyers. Lessig describes architecture as being "*the world as I find it, understanding that as I find it, much of this world has been made. That I cannot see through walls is a constraint on my ability to snoop. That I cannot read your mind is a constraint on my ability to know whether you are telling me the truth. That I cannot lift large objects*

is a constraint on my ability to steal."[18] To take another one of Lessig's examples, the placement of abortion clinics regulates the ability to have an abortion. If the only abortion clinic in a state is placed too far away to easily access it, a woman's ability to have an abortion is not constrained by the law but as a result of the physical difficulty of reaching a clinic.[19] Lessig cites the US Supreme Court case *Hodgson v Minnesota*,[20] where it was held that a state may deny women under 18 years old access to an abortion for up to 48 hours in order to ensure her parents are notified, as a further example of architectural regulation, though here with law being used to impact upon time.[21] The law has been used in other channels too to create constraints upon architecture, for instance through normative channels by prohibiting family planning clinics from giving information about abortions as was held in *Rust v Sullivan*,[22] or as in *Maher v Roe*,[23] through the market through regulating access to funding for abortions.[24] These examples of law's intervention into other regulatory channels demonstrate law's ability to function as a meta-regulator, and in this case impact upon abortion rights. Abortion is an interesting example in this light, as a constitutional right to abortion via the right to privacy was established in the seminal case *Roe v Wade*,[25] this direct legal regulation of abortion has been watered down through law's indirect intervention into other regulatory channels.

The four regulatory channels direct behaviour in different ways. Price functions as a regulatory mechanism in that it places a physical limit upon what one can consume, and thereby places an ex-ante restriction upon the activities of an individual. It therefore regulates in a different manner to the law which regulates behaviour through sanctions that are levied after the event – ex-post regulation. The same can be said for norms, which also regulate ex-post through sanctions. There must be a consequence for breaking a norm, and thereby norms gain a regulative power through social sanctions. However, architecture regulates in a manner closer to market regulation. The architecture of a regulated environment creates physical constraints that mean certain behaviour is impossible rather than prohibited. What this offers for regulators is a way of regulating behaviour in potentially a more effective way than direct regulation through the law. In some instances, the law may be the most effective regulatory mechanism, but in others, one of

[18] Lessig, "The New Chicago School," 663.
[19] Ibid.
[20] Hodgson v. Minnesota, 497 US 417 (Supreme Court 1990).
[21] Lessig, "The New Chicago School," 670.
[22] Rust v. Sullivan, 500 US 173 (Supreme Court 1991).
[23] Maher v. Roe, 432 US 464 (Supreme Court 1977).
[24] Lessig, "The New Chicago School," 670.
[25] Roe v. Wade, 410 US 113 (Supreme Court 1973).

the other channels may be most appropriate. Regulators ought then to consider the costs and benefits of regulating via different channels. Through this, one can fine tune regulation, putting a chisel to law's hammer.

3. Rationality, Law and Economics and its contradictory roots in legal realism

While economics has been a key force shaping legal scholarship in the twentieth century, leading to the emergence of law and economics as a distinct branch of legal philosophy, this approach to law emerged in the wake of the challenge to traditional jurisprudence made by legal realists.[26] In the years preceding the development of the first generation Chicago School approach, legal realists, led by Karl Llewellyn, put forward the proposition that as judges were responsible for interpreting the law, and as judges were individuals who did not live in a social vacuum, the interpretation of the law could not be predicted solely by legal reasoning but was susceptible to other influences outside the law. Legal realists rejected legal formalism and doctrinalism, and put forward the case that as judges were individuals and members of society where several conceptions of right and wrong existed, the reasoning behind these conceptions influenced the decisions of judges.[27] The realist challenge is famously summed up in a quote ascribed to the US federal judge, Jerome Frank, in that justice in court is as much about legal rules as it is about what a judge ate for breakfast that morning.

While this of course oversimplifies the essence of the realists' argument, it does highlight the focus upon individuals that characterises this branch of jurisprudence.[28] The realist's point is that the actions of individuals are responsible for how law is interpreted by the court. What this meant was that it was not necessarily just legal reasoning that was applied by judges, but other ideas from society from politics, culture or whatsoever source that had the power to affect legal reasoning. In this way, realists paved the way for a number of "Law and ... disciplines", such as Law and Language, Law and Race, and also Law and Economics, in what Nicholas Mercuro has de-

[26] Linda A. Schwartzstein, "Austrian Economics and the Current Debate Between Critical Legal Studies and Law and Economics," *Hofstra Law Review* 20 (1992 1991): 1107.

[27] Joseph William Singer, "Legal Realism Now," *California Law Review* 76, no. 2 (March 1, 1988): 515, doi:10.2307/3480619.

[28] Interestingly, in a recent study carried out in Israel by scholars at Ben Gurion University, it was found that there was a direct correlation in parole board hearings between positive outcomes for prisoners and hearings that took place directly after a meal break. See Shai Danziger, Jonathan Levav, and Liora Avnaim-Pesso, "Extraneous Factors in Judicial Decisions," *Proceedings of the National Academy of Sciences* (April 11, 2011), doi:10.1073/-pnas.1018033108.

scribed as an intellectual vacuum left by realism,[29] which left law with no core philosophical raison d'être. For law and economics scholars, this meant putting forward a rationale for legal thinking based upon economic theory, where efficiency of legal outcomes was equated to more traditional conceptions of the goals of law such as justice and fairness.[30]

However, this heliocentrification of efficiency seems at odds with the findings of the realist movement, replacing one form of doctrinalism with another – rationality.[31] By assuming that judges act in furtherance of a desire towards a broader goal of societal efficiency, law and economics scholars establish a rationality in the law that they ascribe to all participants in the legal process, from subjects of the law, to adjudicators of the law, as well as framers of the law. Assuming that individuals act rationally, thus making their behaviour on aggregate predictable and subject to modelling, rationality thereby functions as an indicator of behaviour, and thus understanding the factors that influence rationality is necessary for building a model of regulatory behaviour according to this school of thought. While the rationality assumptions of neoclassical economics are clearly based upon a hypothetical typical individual rather than an across-the-board personality assessment applicable to all, it is regarded as being representative enough to have a predictive quality. Given though that there is more than one school of law and economics, which conception of rationality ought one assume when framing or interpreting the law? As efficiency as a purpose of rationality lends itself to a number of different understandings, it is clear to see that the neoclassical rational choice presumptions of the Chicago approach represent an assumption that ought to be challenged. As it stands, Law and Economics is a broad church, with several denominations of legal scholars reflecting the diversity that exists within economic theory and, by extension, how it ought to be applied to law. Branches include the *Chicago approach to law and economics*, *Public choice theory*, *Institutional law and economics*, *New institutional economics*, *the New Haven School of law and economics*, and *Social norms and law and economics*.[32] This alone is evidence over the uncertainty, but going further than this; New Legal Realists take insights from behavioural economics, contextualism and institutionalism and challenge the centrality of rationality.[33]

However, the reality is that outside factors are not only shaped by rationality but can also shape rationality as well and many of the assumptions of ra-

[29] Mercuro, "The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics," 72.
[30] Ibid., 62.
[31] Victoria Nourse and Gregory Shaffer, "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?," *Cornell Law Review* 95 (2009): 95.
[32] Mercuro, "The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics."
[33] Nourse and Shaffer, "Varieties of New Legal Realism."

tional choice economics have proven false once tested. Christine Jolls, Cass Sunstein and Richard Thaler have detailed a number of instances where the rational assumptions of neoclassical economics do not reflect reality.[34] For instance, the Coase theorem, one of the cannons of the second generation Chicago School approach as noted above, is questioned in the context of bargaining following court orders. Following the predictions of the Coase theorem, if the court's judgment was less favourable to the parties than a negotiated settlement between them, if transaction costs were negligible, the parties would negotiate to another settlement.[35] However, behavioural studies predicted an alternative outcome, in that when awarded a proprietary right, in this case a favourable judgment, a party is unwilling to relinquish these rights even if a more favourable outcome would occur due to what is known as the endowment effect. The endowment effect states that an individual places greater value on an object they own than on the same object if they did not own it and were to buy it, and thus their willingness to pay for a good is less than their willingness to accept compensation for the same good once they own it. An alternative way of stating this is that we value the items we own more highly than if we didn't own the same item. In a test of the study based upon distributing mugs to half of the students in a class and then observing trading patterns, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler noted that this endowment effect was instantaneous, and thus could not merely be described away as a result of sentimental attachment to the goods.[36] A further example of this was demonstrated by Tanjim Hossain and John A. List, who found a similar correlation between worker productivity and the fear of losing bonuses already awarded as opposed to bonuses that were contingent upon reaching a certain level of productivity.[37] When faced with real life analysis of rational behaviour amongst individuals, behavioural models and neoclassical economic assumptions both make predictions as to behaviour, though the evidence suggests that the behavioural models come closer to reality.[38]

[34] Christine Jolls, Cass R. Sunstein, and Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics," *Stanford Law Review* 50, no. 5 (May 1, 1998): 1471-1550, doi:10.2307/-1229304.

[35] Ibid., 1497.

[36] Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch, and Richard H. Thaler, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem," *Journal of Political Economy* 98, no. 6 (December 1, 1990): 1342, doi:10.2307/2937761.

[37] Tanjim Hossain and John A. List, "The Behavioralist Visits the Factory: Increasing Productivity Using Simple Framing Manipulations," *Management Science* 58, no. 12 (December 1, 2012): 2151-2167, doi:10.1287/mnsc.1120.1544.

[38] Jolls, Sunstein, and Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics," 1499-1501.

Many of the challenges made by the New Realists echo those made by the Austrian law and economics scholars.[39] Rationality implies choice. For an individual to act rationally, it must also be possible for them to act irrationally, taking what the "rational" actor would deem to be the incorrect choice. But as choice is a deliberate action, why would an individual choose to act irrationally? Surely every action must be based upon some conception of cost and benefit associated with the action and therefore Austrians associate the concept of rationality with action. Irrationality instead refers to involuntary actions, where individuals act without choice.[40] Regulating these forms of irrationality is though without real purpose, as involuntarism does not represent the outcomes of human choice and is therefore not influenced by the law.

If individuals do not act according to the assumptions made for models of their behaviour, then the predicted behaviour is likely to be incorrect. When the perception of rationality is challenged in these Chicago schools, it appears more like the differences between the different schools are based upon differing political ideologies. Where the second generation is of a more libertarian bent, the third tends towards liberal interventionism. However, merely to typecast these approaches as vessels of political persuasions is unsatisfactory. The essence of the difference between the two approaches is that for second generation Chicago scholars, law is regarded as being by nature distortionary and clumsy when applied to other regulatory channels, whilst for New Chicago scholars, law is assumed to be sophisticated and has the potential to be fine-tuned to reality. As such, considering the appropriateness of which school to apply falls ought to be considered empirically. Nonetheless, the divergence between economically rational decisions and real-life human behaviour also challenges the centrality of efficiency within law and economics. While efficiency may be the goal of regulators, efficiency of the law is perhaps not enough for the subjects of the law. Other conceptions, such as justice, retribution and fair play still have a role, concepts that consider the reality of human behaviour rather than abstract human action to a merely utilitarian goal.

3.1. Hope for rationalism

All this does not mean that it is time to throw out the economic models just yet. Research carried out by scholars at the Max Planck Institute for Research on Collective Goods found that when acting as groups, the endowment effect was less pronounced compared to the behaviour of individuals

[39] Schwartzstein, "Austrian Economics and the Current Debate Between Critical Legal Studies and Law and Economics."

[40] Michael Rozeff, "What Do Austrians Mean by 'Rational'?," July 26, 2006, http://mises.org/daily/2249/What-Do-Austrians-Mean-by-Rational.

in the same situation.[41] Similarly, the argument put forward by Christine Jolls, Cass Sunstein and Richard Thaler is not that rationality should be abandoned, but that our conceptions of rationality ought to be tempered by the realities of human behaviour. Individuals instead demonstrated bounded rationality, bounded willpower and bounded self-interest.[42] This does not challenge the role of economics itself, but instead it stresses the importance of properly evaluating rationality when framing legislation. Instead of considering rationality simply in terms of neoclassical economic rationality, rationality instead reflects the mindset of an individual. It may be possible for this kind of rationality to be aggregated and assumptions based upon it in some instances, but in others this aggregation may not be possible. This is important to consider for energy companies, for instance with regard to compensation awards for pollution, expropriation of properties and public goodwill, as well as convincing people to switch from one heating form to another.

Following the evidence of behavioural economics, there will also be a difference between individuals acting alone or individuals that come together to form a group, with the endowment effect suppressed and behaviour reflecting classical economic assumptions of rationality. Why this is the case is unclear, but it could easily be life imitating science. The larger the decision, the more detached the decision maker is from the emotional connections associated with the decision. It may also be the case that decision makers operating on behalf of others are expected to act economically rationally, in the Chicago sense, as part of their job description. If decision makers at a macro level are trained to operate according to models, then their actions may well be predictable by using these same models, which in turn is reinforced through education and employment, and not only because of the predictive power of these models. The standardisation of these models with mainstream economics creates expectations as to behaviour, making the models more or less predictable depending upon the nature of the decision maker. Just as much a case of life imitating science, as it is of science representing real life. In that behavioural economics has identified issues such as the endowment effect in one sense does not damage the Chicago approaches, of all generations, but rather calls for a refinement of the principles of rationality upon which they are based. Once identified, it may even be possible for regulators to take account of these areas of irrationality, and thereby mitigate their effect.

[41] Andreas Glöckner et al., *The Endowment Effect in Groups with and Without Strategic Incentives* (Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2009), http://www.econstor.eu/handle/10419/32256.

[42] Jolls, Sunstein, and Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics," 1476-1481.

If rationality then is to have a role in a law and economics analysis, from the foregoing analysis, it is important that it is not merely assumed but empirically tested. One means of doing this is through the use of tools of economic analysis such as game theory. Game theory developed from mathematics into economics, and gradually began to be introduced into legal analysis in the 1980s and 1990s.[43] The basic principle is that through modelling the strategic interactions of two or more players in a game, it is possible to predict the strategically most advantageous decisions applicable for an individual, and based upon the assumption that an individual will then act rationally, use this as a basis for predicting behaviour. The theory therefore rests upon assumptions of rationality, which, as has been discussed above, necessitate a rigorous analysis of what constitutes rationality. However, it can also be used to analyse preferences and establish the likelihood of a particular course of action. As such, game theory can have both a predictive role but also an analytical role in assessing what the individual rationales of individuals within a given scenario are. This in turn can be used for making assumptions as to behaviour, which in turn can be tested and the model developed further. While the application of game theory to the law is often restricted to variants of the *Prisoner's Dilemma* game, as Richard McAdams notes, the potential of this discipline for interaction with the law is much greater.[44] Game theory can also be used in cooperative settings, where actors have an interest in collaborating with each other as is often the case in the energy sector, with "games" used to establish the rational choice preferences of parties as a platform for tailoring regulation to rationality. While the discipline is predominantly an economic one, the tools of game theory have been adapted for lawyers,[45] and thereby offer a tailored means for analysing the rationality of a number of parties and how they react to each other when information about the motivations of others is uncertain.

4. Uncertainty as to effect and Frankenstein's Monsters

One potential danger of intervention into other channels of regulation is the risk of unintended consequences. These alternative non-legal channels of regulation offer a point of entry for positive regulation. Lessig sums up this role for law as a meta-regulator in the form of a diagram, as shown in figure 2.

[43] Ian Ayres, "Playing Games with the Law," *Stanford Law Review* 42, no. 5 (May 1, 1990): 1291-1317, doi:10.2307/1228971.

[44] Richard H. McAdams, "Beyond the Prisoners' Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law," *Southern California Law Review* 82 (2009 2008): 209.

[45] See for instance, Douglas G Baird, Robert H Gertner, and Randal C Picker, *Game Theory and the Law* (Cambridge, Mass. [u.a.: Harvard Univ. Press, 1998).

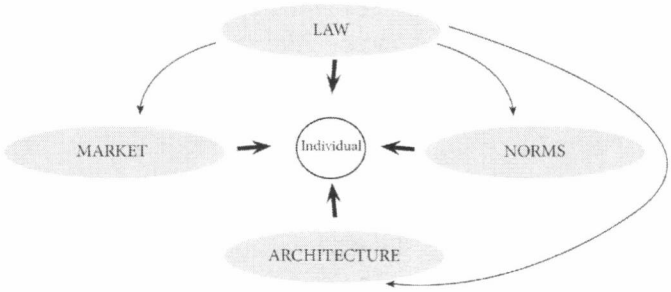


Figure 2: The regulatory channels that create constraints upon the behaviour of individuals, with law's role as a meta-regulator demonstrated through arrows indicating the impact of law upon other channels of regulation. Source: adaption of Lessig (1998, pg. 667).

What figure 2 demonstrates is that while all the channels of regulation create constraints upon individuals, the law also has the potential to impact upon the other channels. Each of the channels impacts upon the individual, represented by the arrows pointing into the middle. However, as law has the ability to influence these other channels, it acts as a meta-regulator, which is demonstrated by the arrows pointing from law into the other regulatory channels. Robert Ellickson describes this as the "net" of regulation.

While this is undeniably true,[46] it does not take into account that the law is also influenced by other channels of regulation. While the net describes the relationship experienced by individuals, it does not in itself describe how these regulatory mechanisms evolve. As Lessig himself notes, law is also subject to the same meta-regulation as the other channels of regulation.[47] Law is not simply a proactive discipline; it is more commonly a reactive discipline. Laws are implemented and framed as a response to technological advances, market shocks or shifts in normative perceptions, as can be seen respectively in laws on the internet, the finance crisis of 2008, and the growing trend towards legal recognition of gay marriage. But other channels are also meta-regulated by each other. Norms influence the behaviour of markets, markets on architecture, architecture on norms. If law is to be used as a means of influencing the other regulatory paths, regulators need to know at which point in time and in which situations law is to be introduced. Law and architecture scholars concerned with the regulation of new technologies for instance point to the ability of the law to shape technologi-

[46] Critics do not point to the falsity of such a claim, just its prudence.
[47] Lessig, "The New Chicago School," 667, footnote 22.

cal development but also to be shaped by it.[48] Law is both active and responsive. Taking Lessig's diagram as a starting point, a more realistic depiction of these regulatory channels is presented in figure 3.

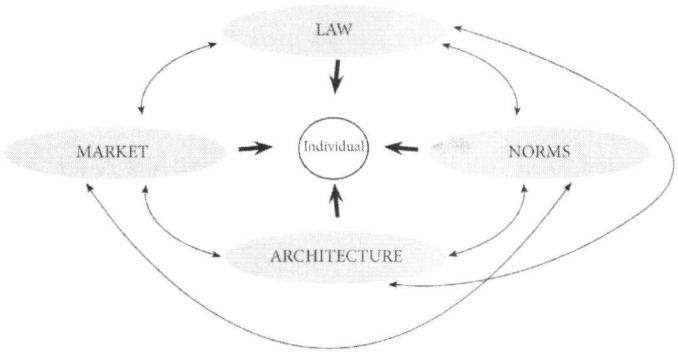


Figure 1: Modification of Lessig's diagram, with bi-directional arrows demonstrating the impact of each channel of regulation upon each other, and the potential they have for indirectly regulating individuals.

In figure 3, the law still has the potential to impact upon all channels of regulation. However, now the arrows point in both directions demonstrating that the regulatory influence is bi-directional. What is more, bi-directional arrows are added to demonstrate the ability of each channel to impact upon not only the law, but every other channel of regulation. For instance, the markets can impact upon the law, but they can also impact upon norms or architecture.

Standardisation also offers a demonstration of another area where these channels of regulation overlap, and one of particular interest for the development of the district heating sector. Standardisation is a method of regulation that is based upon the creation of technical industry standards, which when in place, create an incentive for both members of an industry and newcomers to follow a certain path.[49] This could be as a result of limiting economic waste as a result of designing competing components for similar products, or through the defining of distinct markets, as well as enabling actors at different vertical stages of the production process to collaborate. The component manufacturers of 4GDH systems have an interest in promoting standardisation, and are actively involved in such a process, as greater clarity as to the nature of 4GDH systems will allow for better collaboration be-

[48] Dan L. Burk and Mark A. Lemley, "Is Patent Law Technology-Specific," *Berkeley Technology Law Journal* 17 (2002): 1155.

[49] Bent Ole Gram Mortensen, "Standarder som reguleringsmidler," in *Standardisering som regulering: en antologi om standardisering i krydsfeltet mellem politik og marked.* (Charlottenlund: Dansk Standard, 2012).

tween producers at different stages of the production process. There is thus a market incentive for standards to be applied to the architecture of the district heating systems, creating a new form of constraint upon producers based upon a narrowing of the technological field. Furthermore, this may be reinforced through normative coercion, in that market players feel an obligation to act and collaborate, and do so to maintain good business relations with suppliers and purchasers. This shows that regulatory mechanisms can operate without legal intervention and shape the market and the systems we live in with little or no public intervention. However, they may also sometimes need public intervention through legislation, with the law then acting responsively to the constraints of these other channels of regulation. This can be seen for example with regard to standardisation at an international level and the development of European standards bodies and the introduction of the *Regulation on European Standardisation.*[50]

Interestingly, Lessig himself alludes to the dangers of such a system, not only in the sense that normative regulation can go wrong, but in that following such an approach brings law into all aspects of society. Noting the scholarship of Michel Foucault and Jürgen Habermas's characterisation of the "life-world", Lessig warns of the all-encompassing nature of such regulation, and the intrusion of the state into all areas of society.[51] These considerations are especially important in that we do not necessarily know the impact of the law upon these other channels of regulation, making the predictability of the effect of regulation difficult to assess. For instance, with regard to norms, as Dan Kahan notes, the causal link between norms and the law is not only difficult to establish, but if established, it is subject to a lag, what he describes as *sticky norms*. Kahan suggests that if using the law to intervene in normative regulation, a "hard shove" is less effective than a "gentle nudge".[52] Richard McAdams puts forward an *attitudinal theory of expressive law* whereby instead of treating the effect of sanctions and the effect of a rule as being intrinsically the same, the signalling effect of law ought to be considered based upon the hypothesis that "law changes behaviour by signalling the underlying attitudes of a community or society."[53] Compliance with the law is assumed to have a normative character: one ought to obey the law. The effect of a law is defined beyond the sanctioned

[50] Ibid., 32–37.

[51] Lessig, "The New Chicago School," 691.

[52] Dan Kahan, "Gentle Nudges Vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem," *Faculty Scholarship Series* (January 1, 2000): 608-609, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/108.

[53] Richard McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, January 5, 2001), 4, http://papers.ssrn.com/abstract=253331.

prescribed by it, and thus lawmakers, McAdams argues, ought to consider this when framing legislation.

It is important to note that inherent in the use of other channels of regulation is the danger of unintended indirect effects. Regulation designed to have an impact on architecture may have a regulatory effect upon the individual, but it may also have a regulatory effect upon norms, which in turn may impact upon not only the individual, but also on the market, which may even have an impact upon the law. The law venturing into other channels of regulation may bring with it unintended consequences, risking creating legal Frankenstein's Monsters – laws designed with a positive purpose, but whose impact goes beyond the intentions and expectations of its creator. One might view recent legislation on Denmark on home solar cells as an example of this, where legislation was introduced that was designed to encourage homeowners to purchase solar cells by offering favourable terms for electricity supplied back to the grid.[54] Part of the rational for this was the development of a solar industry in Denmark, but also to promote their use.[55] Effectively this constituted an intervention in the market. At the same time, following McAdam's description of the signalling effect of the law, this constituted an intervention into normative regulation – not only could one get a solar cell, one ought to as signalled by the favourable terms detailed under the law with greater uptake of solar cells an express intention of the law. While the uptake of solar cells was very successful,[56] however, rather than resulting in the development of a solar cell industry in Denmark, imports of Chinese solar cells soared as a result of their favourable price, reinforced by the normative trends promoting solar power as an environmentally friendly, as well as cost effective, means of powering a home.[57] Rather than developing a home solar industry however, the result was a service industry based upon the import and installation of Chinese solar cells. The

[54] *L 2010-06-25 Nr. 722 Ændring af lov om afgift af elektricitet, lov om kuldioxidafgift af visse energiprodukter og forskellige andre love (ændringer i elpatronordningen, udvidelse af solcelleordningen i elafgiftsloven og afgift på andre klimagasser end CO2 mv.)*, sec. 5, accessed September 2, 2013, http://jura.karnovgroup.dk/document/7000502929/1?-versid=437-1-2004.

[55] *LFF 2010-03-17 Nr. 162 Ændring af lov om afgift af elektricitet, lov om kuldioxidafgift af visse energiprodukter og forskellige andre love (ændringer i elpatronordningen, udvidelse af solcelleordningen i elafgiftsloven og afgift på andre klimagasser end CO2 mv.)*, para. 6.2, accessed September 2, 2013, http://jura.karnovgroup.dk/document/7000431008/3?-versid=437-1-2004#LFF2009-2010_1_162_20110322100632_8.

[56] Karsten Capion, *Solcelle-boom i Danmark* (Dansk Energi), accessed September 2, 2013, http://www.danskenergi.dk/Aktuelt/Indblik/Solcelle_boom.aspx.

[57] Nis Høyrup, "Europæisk straftold kan bremse det danske boom i solceller," *Mandag Morgen*, accessed September 2, 2013, https://www.mm.dk/blog/europ%C3%A6isk-straftold-kan-bremse-det-danske-boom-i-solceller.

lower prices led to budget gaps and political embarrassment for what at first was a well-intentioned initiative to develop a local environmentally friendly solar industry. Legislation has since been introduced to reduce the resulting economic burden.[58]

What this calls for then, is greater attention and research on the ways in which law can impact upon other channels of regulation, as well as recognition of the dangers of social engineering inherent in such an approach. It does not mean though that this approach should be abandoned, more that it should be studied and refined. While all of the regulatory channels have the potential to function as meta-regulators, it is law that offers an entry point into this circle of regulation, and as such, legislation, whether inspired one of the other channels or not, gives government the opportunity to intervene. But with this opportunity comes the risk of Frankenstein's Monsters, which need to be considered by regulators.

5. Application of the New Chicago Approach to the Energy Sector

The purpose of this methodological enquiry is to develop a model for considering the regulation of the district heating sector in Denmark and its appropriateness for the future energy landscape as a result of the development of low energy district heating. District heating systems involve the centralised production of heated water for distribution to end users via a network of pipes. Other heating methods include heating from natural gas boilers, electrical heating and then other forms of individual heating solutions such as oil furnaces or wood pellet boilers. The different heating forms and their delivery mechanisms are regulated differently, with these differences related to the technologies, economics and politics behind the systems. Technological advances within the storage and distribution of heated water mean that it is now possible to deploy new (or convert old) district heating systems to ones where water is heated to and distributed at a lower temperature. This is known within the industry as fourth generation district heating (4GDH), and it represents potentially profound implications for the energy sector in general.

The future of the energy system points towards greater integration of different energy sources and energy carriers as a more efficient, secure and environmentally friendly of allocating energy resources, through the development of energy smart grids. Smart grids are intelligent electrical systems where supply and demand are monitored using information technologies so as to optimise production and consumption through the use of consumer in-

[58] *Bekendtgørelse om nettoafregning for egenproducenter af elektricitet*, 2013, https://-www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=158132.

centives and automated control of energy processes.[59] Despite the impressive growth of renewable energies, solutions for storage of energy have not developed at the same pace. With some renewable energy forms, this is less of a problem, for instance hydroelectricity where energy generation is regulated according to demand through control of water flow and potential energy stored in the form of dams. However, the same cannot be said of renewable energy forms such as wind energy or solar power. Here energy generation is to a large extent outside the control of humans, with generation instead reliant upon the correct climatic conditions. This could be said to represent an architectural constraint. With wind turbines this can be both a case of there not being strong enough winds to power the turbines, but also of winds being too strong, forcing wind turbines to be switched off to prevent them being damaged. Danish experience in this area has shown that while the large-scale introduction of windmills into the electricity generating system has the potential to significantly increase the proportion of electricity generated by renewables, the inherently unpredictable nature of wind energy generation has caused problems with *load balancing*.[60]

From a technical standpoint, 4GDH systems offer certain operational advantages for the electricity network. Heated water in district heating systems can be kept warm for a number of days, meaning that the system functions almost as a battery. Denmark has invested significantly in wind power, but as wind strength is unpredictable, there are times when electricity production exceeds demand, as well as when other power sources are necessary to meet demand. When there is a surplus of wind electricity, instead of switching off wind turbines and not utilising this potential energy, surplus electricity can be used to heat water in 4GDH systems, thereby freeing up resources that would have otherwise been used for generating heat, but also not impacting upon electricity demand in general.

However, this challenges the legislative framework currently in place. By acting as a store for surplus wind energy, 4GDH systems create a form of co-dependency between the electric and district heating sectors. This co-dependency challenges some of the regulatory preconceptions in place for the energy sector with regard to the energy form based separation of the energy sector according to energy source and use, but also location. While district heating systems are localised, with municipal planning, the electricity grid is national with a stronger national focus upon planning. Surplus wind energy may be generated on the West Coast of Denmark but used for heating water in the East. In order to obtain the full benefits of these systems,

[59] T.J. Hammons, "Integrating Renewable Energy Sources into European Grids," *International Journal of Electrical Power & Energy Systems* 30, no. 8 (October 2008): 462-475, doi:10.1016/j.ijepes.2008.04.010.
[60] Ibid., 465.

significant infrastructure investment is necessary. Conversion of district heating systems from earlier models to 4GDH systems involves not only changing the machinery used in production; it also requires new pipes and conversions to heating apparatus in individual buildings. This is problematic in that the benefits to the energy system as a whole are experienced by all in society, be this through load balancing or on the freeing up of energy resources for the production of energy in other areas. However, the costs of obtaining these benefits are not distributed evenly lying as they do with district heating companies and their consumers. In the terminology of the New Chicago School, the technological advances that 4GDH stand for constitute a shift in the architecture of 4GDH that change the constraints under which energy planning takes place. With closer integration of renewable electricity production and district heating, the appropriateness of the current regulatory structure is challenged.

Energy planners essentially have an economic problem, though one with profound societal impacts – the socially optimal allocation of resources for producing and consuming energy. As energy supply impacts upon every aspect of society, determining what is the socially optimal allocation is a question of public policy. Issues such as industrial development, energy poverty and environmental damage complicate these considerations for energy planners, meaning that it is not possible to simply use price or quantity controls as a means of tackling all policy issues. Energy planners must ensure the energy system is both secure and delivered at a socially acceptable cost. Cost in this regard refers not only to the financial cost, but also to a broader conception of positive and negative externalities such as environmental harm and the link between energy supply and industrial growth. At the same time, the energy sector offers the potential to solve other areas of public policy concern, for instance burning waste to produce heat.

5.1. Heat regulation in Denmark

Three key methods of centralised space heating can be identified in Denmark, all of which are regulated slightly differently: natural gas, district heating, and heating through electrified heaters such as electric radiators, or more commonly now, electric heat pumps. Other methods of space heating include wood furnaces, oil furnaces, solar heating and a myriad of other individualised heating methods that are designed for heating individual buildings, but reliant upon either solid fuels or harnessing of energy *off-grid*. While district heating, natural gas and electricity are distributed via grids, both district heating and gas are networks that exist primarily for the production of heated water, electricity serves multiple purposes and is not exclusively or primarily intended for heating. The key statute relating to the Danish heating sector is the Heat Supply Act (*Varmeforsyningsloven*, in

Danish and henceforth HSA), which applies to the collective provision of heat in Denmark, and has particular reference to both district heating and the natural gas network. Electricity distribution is instead regulated under the Energy Supply Act (*Elforsyningsloven*). However, as both natural gas and electricity supply are based upon national supply grids rather than localised supply grids, and are both owned by the independent, but publicly owned, company Energinet.dk, they are subject to further regulations under the Energinet.dk Act (*Lov om Energinet.dk*). The Act contains details relating to the ownership and standing of Energinet.dk, but also on the development of the distribution network. The purpose of the HSA is "to promote the most socially beneficial, hereunder environmentally friendly, use of energy for heating buildings and providing them with hot water, and within this framework, reduce the dependency of energy supply upon fossil fuels."[61] This is supplemented by the provision that heat supply should be designed with the view that as much as possible heat should be generated in coproduction with electricity.[62]

District heating in Denmark developed from the "bottom up" rather than the "top down". The first installations arose in the early 1900s in Denmark and until the late 1970s, district heating planning developed upon a local rather than national plan.[63] However, in the wake of the oil crises of the 1970s, the Danish central government began to assert a greater degree of authority in the area so as to improve energy security among other goals.[64] The HSA, first introduced in 1979, can be regarded as a response to the market shocks of the oil crises as well as the architectural constraints that limit the natural resources Denmark has control over for generating energy. This resulted in a more command and control approach to heat planning, with centralised national planning reflecting the need to develop natural gas and district heating networks quickly in order to take advantage of natural gas fields in the North Sea by which a greater degree of energy independence and security could be secured. The purpose of the amendments to the HSA in 1990 was to decentralize the area and put control of heat planning back in the hands of local municipalities with greater flexibility for how they engaged in planning decisions, subject though to rules set by the national energy ministry for municipalities to operate under. The HSA has been amended a number of times since with the planning responsibility under the law reflecting the public policy concerns of the day. Greater attention is also paid to the impact of the environmental impacts of the energy sector. For instance, since 1990 the HSA

[61] *Varmeforsyningsloven*, n.d., sec. 1(1).
[62] Ibid., sec. 1(2).
[63] Bent Ole Gram Mortensen and Rikke Gottrup, *Kommunal varmeplanlægning i retlig belysning*, 1. udg (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007), 19-20.
[64] Ibid., 20.

has been amended so that instead of the original purpose of reducing dependence upon oil in the HSA 1990 under sec. 1(1), this has broadened to fossil fuels in general under the equivalent section of the current 2011 Act.

Under section 3 of the HSA, responsibility for heat planning lies with municipalities under conditions set out by the Minister for Energy and the Environment as detailed in the remainder of the HSA. To facilitate municipalities in their planning duties, under the HSA, municipalities are empowered to zone areas according to heating method and then compel building owners to connect to the designated centralised heating method in their zone. This applies both to new buildings as per sec. 11(1) and existing buildings sec. 12(1). However, municipalities must give dispensation from this compulsory connection obligation being applied to buildings that are classified as low energy buildings as per section 19(4) of the Planning Act, with low temperature buildings defined under section 21(a) of the Planning Act. These rules are set out in greater detail in a separate piece of legislation authorised under the HSA, the *Order on Connection to Collective Heat Supply Plants*, most recently updated in 2011, which includes among other things details about procedure related to connection obligations, dispensation and contributions for connections. Furthermore, sec. 16 of the HSA permits municipalities to expropriate land from land owners for the purpose of establishing and maintaining heat networks, with compensation determined as set out under Public Roads Act, sec. 57-62. The district heating market structure is described as a *natural monopoly*[65] according to the *Danish Energy Agency* (DEA) as a result of the infrastructure and costs commitments necessary to provide heated water.[66] This is because heat is distributed via a network of pipes linked directly to the heat producer in a closed loop. Laying a competing pipe network may of course occur, but it would appear to be a wasteful and expensive use of resources. This is compounded further under Danish law through the ability of local governments to compel building owners within defined zones to connect to a district heat-

[65] It is of course possible to conceive a configuration of the district heating system whereby distribution networks are owned by one entity and the generation facilities are in the hands of another party or parties. In fact, this is the case in Copenhagen where ownership of transmission and production facilities is separated. Unbundling though represents the exception rather than the rule. In fact, studies carried out in Sweden and Germany question its effectiveness, although a similar system is suggested for the UK. However, for the consumer there is no difference between this version of unbundling and an unbundled heat sector – one set of pipes enter the house and there is no alternative district heating pipe network from which they can draw heat.

[66] DERA [2012] "District Heating: Actors and prices", Danish Energy Agency URL: http://www.ens.dk/enUS/supply/Heat/Actors_and_Prices/Sider/Forside.aspx Last accessed 25 June 2012

ing grid. While connection to a grid does not constitute being compelled to purchase heat from this grid, the fixed costs involved for consumers in connection charges makes choosing alternative heating solutions – for instance between solar heating and district heating – irrelevant. Combined with the endowment effect described above, the reality is that the market under regulation is a natural monopoly. Out of concern for the potential of market abuse, pricing conditions are built into the law that prevents companies from charging more than cost price for the heat they distribute under section 20a of the HSA. Similar conditions do not apply to the electricity sector however, and electricity generated in combined heat and power plants can be sold at market rates.

Utilitarianism is embedded into the purpose of the legislation. Municipalities must approve projects by weighing the costs and benefits of becoming involved in a particular project, with particular attention paid to the societal value of moving towards non-fossil fuel based power and the encouragement of cogeneration of heat and electricity. As the competing values to be weighed are not simply financial, it is necessary to convert qualitative values into quantitative ones. According to section 2(7) of the *Executive Order on Approval of Projects for Collective Heat Supply Plants*, the cost benefit analysis involved is outlined according to guidelines issued by the Danish Energy Agency (DEA), last updated in 2007.[67] However, as was held by the Danish Energy Board of Appeal[68] in the *Gram Fjernvarme Solar Heating case*, these rules are guidelines that need not be adhered to if municipalities or heat plants choose not to use them.[69] The key principle behind these guidelines is the setting of a *discount rate,* a benchmark against which alternative investments can be judged based upon the same expenditure and the respective rates of return. Regardless of whether a new heating project is based upon the discount rate set by the DEA or not, the Energy Board of Appeal has made it clear that these calculations must be presented to municipalities in order for them to make an informed decision on investments.[70] However, an overall positive utilitarian result is not sufficient for a project to be approved. Section 26(1) of the Project Approval Order requires municipalities to also make an evaluation of the impact upon energy supply

[67] "Vejledning i samfundsøkonomiske analyser på energiområdet" (Danish Energy Authority, July 2007), http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/info/tal-kort/fremskrivninger-analyser-modeller/samfundsoekonomiske-analysemetoder/Vejledning_2005-rev2007.pdf.

[68] The Danish Energy Board of Appeal, *Energiklagenævnet* in Danish, has following p. 26 of the Heat Supply Act responsibility for adjudicating upon complaints relating to decisions made according to, inter alia, the aforementioned act.

[69] EKN J.nr 1021-12-185-11, 11 (Danish Energy Board of Appeal (Energiklagenævnet) 2013).

[70] Ibid., 13.

and environmental impact, with positive results in all areas in order for the project to be approved. This latter requirement would seem to contradict the interpretation of the Heat Supply Act under sec. 1(1), where environmental concerns are calculated within the reference frame of the broader socio-economic cost benefit analysis.

In addition to the broader framework for planning of heat grids, the Danish heat sector is subject to a number of other legal regulations at both a European and national level, for instance relating to energy efficiency, environmental impact and competition among other areas. These legal elements are important considerations for energy planners, and are thus important to detail in any detailed legal analysis of the sector. Heat planning has also been used to tackle other public policy areas, for instance dealing with household, industrial and agricultural waste disposal. For example in the Order on Subsidies for Biogas Plants,[71] subsidies are offered under section 11 for biogas production that uses a certain percentage of agricultural slurry from live animals, so as to help tackle the problem of agricultural waste. However, as most farming of animals takes place in the Jutland peninsula of Denmark, these requirements hamper the production of biogas on Zealand where there is greater potential for biogas production through plant waste.[72] Architectural constraints thus limit the geographic usability of this subsidy.

5.2. Applying the New Chicago School to energy planning

In their book, *Energy Networks and the Law*, Martha M. Roggenkamp, Lila Barrera-Hernández, Donald N. Zillman, and Iñigo del Guayo identify three stages of energy planning that energy planners need to consider when operating an existing energy network or developing a new one.[73] The first stage is the scientific stage. For a new energy project to be implemented, it must first of all be technically feasible. The options available to energy planners are constrained by the technologies available. The second stage for energy planners is to ensure finance is in place for the project. Cost-effectiveness is obviously a concern for whosoever it is that pays for a new energy project to come about – private sector and public sector investors alike. At this stage then, competing scientific solutions compete against each other, as finances are limited and constrain the actions of investors. Once through to the third

[71] *Bekendtgørelse om tilskud til biogasanlæg mv., BEK Nr. 293 af 27/03/2012*, 2012, https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=141185.

[72] With thanks to Flemming Goldberg-Larsen of Energiklyngecenter Sjælland for alerting me to this issue.

[73] Martha M. Roggenkamp et al., *Energy Networks and the Law Innovative Solutions in Changing Markets* (Oxford University Press, 2012), 11–12, http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199645039.001.0001/acprof9780199645039?rskey=CVQe8k&result=1&q=roggenkamp.

stage, selected energy projects become subject to public scrutiny through the use of legislation designed to achieve public policy goals and requirements.

When considering this stage based approach to energy planning in terms of the regulatory channels defined under the New Chicago School approach – law, markets, norms and architecture – at first glance, these stages appear to be more closely connected to one particular regulatory path than another. The scientific stage is clearly closely linked to Lessig's definition of architecture, as deeper scientific knowledge of an area of energy planning is necessary if technological innovations are to follow. These innovations change the constraints upon what energy planners can proceed with, creating a new regulatory environment. This is precisely the case with 4GDH, as the technological developments represented through low temperature district heating provide another tool for energy planners to utilise and thereby changing the constraints in which they can act. Similarly, the finance stage appears to be most closely connected to the regulatory channels of markets. 4GDH systems are costly to implement and their uptake will also be determined by their price, not only in terms of the cost-effectiveness of such systems, but whether there is funds enough for their initial start-up. Furthermore, through closer integration with the electricity system, 4GDH systems impact upon the market price for electricity with different supply costs and demand profiles. This is particularly so with regard to periods with low demand for electricity but at the same time high potential for electricity generation through wind turbines. Considering the effects of 4GDH even further, increased use of 4GDH reduces demand for fuels used for alternative methods of heating water, for instance natural gas, biogas and heat generated by combined heat and power plants. Moving on to the third stage of energy planning, this clearly appears to primarily relate to the legal channel of regulation.

However, at each stage of the planning process, other considerations must also come into play. For instance, will technological developments take place if no potential market exists for them or if their legality is questionable, for instance on grounds of public safety? The link between technological development and the law is not a one-way process with the law simply responsive to changes in technology. Technological developments are also influenced by what the law permits and what it promotes. If 4GDH systems were illegal, then scientists would be unlikely to invest time in developing these technologies if they knew it would not be possible to implement them. Similar logic can be applied to the market, in that the potential for riches must surely tempt all but the most stoic of scientists to direct their research in one direction or another. What is important to take from this is that at every stage of the planning process, more than one channel of regulation is applicable and these channels instead of pointing towards a linear one-

directional planning process, they point towards a process where the stages impact both up and down the planning process chain. As such, in one sense, this conception of energy planning challenges the model put forward by Roggenkamp et alia, in that the energy planning process is in fact a much more circular affair, rather than running in a linear path from stage one to two to three. However, it is important not to confuse regulatory channels with the development process for planning. While the regulatory channels are more complex than a linear path, the stages of development may more closely reflect these stages. Nonetheless, it is still crucial to note that the three stages have the potential to impact upon each other and that expectations at one stage of the planning process will influence developments at other stages.

6. Conclusion

The New Chicago School approach offers a simultaneously elegant yet potentially simplistic framework for analysing the complexities of the energy system. Elegant in that it reflects the realities of modern regulatory trends, yet simplistic in that it risks miscalculation of the impact of regulation upon behaviour, but simplistic also in that it offers a manageable approach to considering the impacts of regulation. If the concepts of rationality are tested before they are assumed, this approach to regulation offers an interesting entry point for regulators in the energy sector.

As has been discussed in this paper, the world is regulated in a number of different channels. These regulatory channels not only create constraints for individuals, they impact upon each other and thereby function as both regulators and meta-regulators. What this means is that while law can be used to impact upon other channels, the consequences can be significant and unintended. In terms of developing these ideas into a methodological framework, it is clear that there are a number of elements that require close attention in order to gain an understanding of the impact and potential for legal intervention in the district heating sector, particularly identification of stakeholders, whether a form of rationality can be ascribed to them, and if so, what that rationality represents and whether these conceptions of rationality can be aggregated. Given the number and nature of these factors, a decisive predictive model requires empirical testing. By focusing attention onto all aspects of the heating sector, considering the sector in terms of the constraints found within the New Chicago School regulatory channels offers an effective means of not only identifying stakeholders, but areas of legislative interest. For instance, architectural factors such as the nature of a region, housing density and availability of energy resources may prove just as an important factor as normative regulation of the sector. What is for certain is that regulation of this sector goes beyond just the law.

Kontrakt med det offentlige
udløbere af lægekonflikten 2013

af

Tobias Indén, Kent Kristensen og Karsten Naundrup Olesen[1]

1. Lægekonflikten og dens juridiske aspekter

Konflikten mellem Praktiserende Lægers Organisation (PLO) og de danske regioner i 2013 rejser en række juridiske spørgsmål, som rækker langt ud over den konkrete konflikt. Spørgsmålene præsenteres kort i det følgende og behandles uddybende i artiklen, men til en indledning skal konflikten kort skitseres.

Praktiserende læger i almen medicin (»familielægen«) er et væsentligt element i det eksisterende danske sundhedssystem. I henhold til sundhedslovens § 57, stk. 1, har de danske regioner ansvaret for at tilvejebringe tilbud om behandling hos praktiserende læger. Det ansvar har regionerne traditionelt løftet ved at indgå en kontrakt med de praktiserende læger om deres behandling af patienter. Den seneste kontrakt er indgået mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn (RLTN) og Praktiserendes Lægers Organisation (PLO) den 3. juni 1991 og senest ændret den 21. december 2010.

I henhold til aftalen mellem parterne blev der i vinteren 2012/2013 og gennem foråret 2013 forhandlet om justering af den dagældende kontrakt. Men disse forhandlinger var forgæves, og den 3. maj 2013 opsagde RLTN kontrakten til ophør med udgangen af august 2013, en opsigelsesfrist som fulgte af kontrakten. Den 28. maj 2013 fremsatte ministeren for sundhed og forebyggelse et lovforslag, som ville ophøje centrale elementer i den gældende, men altså opsagte, kontrakt til lov.[2] I henhold til forslaget skulle loven træde i kraft den 1. september 2013, dog således at ministeren kunne fastsætte tidspunktet for ikrafttræden.

Lægerne – som ikke var indstillede på at acceptere den model til kontrakt, der fulgte af det fremsatte lovforslag – var indstillede på at aflevere de såkaldte ydernumre. Ydernummeret er det nummer, blandt andet alment praktiserende læger får tildelt som ydere for den offentlige sygesikring, og som

[1] Artiklen er udarbejdet som en del af forskningsprojektet »Privatiseringar och konkurrensrättsliga utmaningar«, et projekt støttet af Konkurrensverket, den svenske konkurrencemyndighed.

[2] Lovforslag nr. 227 af 28. maj 2013.

er en betingelse for, at lægerne kan modtage betaling fra sygesikringen. Aflevering af ydernumrene ville betyde, at lægerne ikke var berettigede til betaling fra regionerne for den behandling, de ydede patienter, hvorfor lægerne ville opkræve betaling fra patienterne.

Det fremsatte lovforslag blev vedtaget den 27. juni 2013.[3] Ministeren for Sundhed og Forebyggelse har, i medfør af lovens § 4, stk. 2, fastsat, at lovens § 1 – som indeholder de bestemmelser, der var omtvistede i konflikten – skal træde i kraft 1. september 2014. Herved er den opsagte overenskomst forlænget til udgangen af august 2014, jf. lovens § 4, stk. 4.

Proceduren for aflevering af ydernumrene, og herunder særligt hvornår det kunne have effekt fra – med den virkning at patienterne selv skulle betale hos lægen – var et af de spørgsmål, der tidligst blev rejst som følge af konflikten. Besvarelse af spørgsmålet involverer blandt andet stillingtagen til den juridiske karakter af den foreliggende overenskomst. Det emne bliver behandlet nedenfor i afsnit 2.

Spørgsmålet om kontraktens ophør behandles i artiklens afsnit 3. Herunder behandles blandt andet spørgsmålet, om vedtagelse af det fremsatte lovforslag ville betyde, at den opsagte overenskomst fortsatte, og således også efter 31. august 2013 ville regulere forholdet mellem regionerne og lægerne. Besvarelsen af dette spørgsmål inddrager overvejelser om anvendelsen af arbejdsretlige figurer på det aftaleretlige område.

Det vedtagne lovforslag indeholdt blandt andet bestemmelser, efter hvilke lægerne kan blive tvunget til at tilbagebetale en del af de honorarer, de modtager i henhold til overenskomsten med RLTN. I artiklens afsnit 4 analyseres disse bestemmelser på baggrund af grundlovens § 73.

Også i relation til de fortsatte forhandlinger har konflikten mellem regionerne og PLO givet stof til juridiske overvejelser. Således tilkendegav ressortministeriet (Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse), at i tilfælde af at forhandlingerne kørte fast, kunne det komme på tale, at RLTN ikke længere skulle betragte PLO som forhandlingspart.[4] Dette rejser spørgsmålene om retten til frit valg af forhandlingspart som behandles nærmere nedenfor i afsnit 5.1.

Den måde, på hvilken man har valgt at indrette den almene praksis i Danmark, indebærer, at der er skabt et marked for lægeydelser. Markedet er langt fra frit. Tværtimod er det præget af ganske omfattende regulering, men til trods for dette kan forskellige elementer anskues ud fra en konkurrenceretlig synsvinkel. Denne tilgang til den danske model for almen lægepraksis er illustreret nedenfor i afsnit 5.2., hvor kontrahenternes rolle i forbindelse med prisdannelsen analyseres.

[3] Vedtaget som lov nr. 904 af 4. juli 2013.

[4] Notat af 18. marts 2013 fra Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse: Samlet opsummering vedrørende de nye reguleringsmæssige rammer for almen praksis, s. 18.

De præsenterede spørgsmål blev synlige med konflikten mellem regionerne og PLO, men de er relevante ud over denne konflikt og den omstridte overenskomst. Således kan problemstillingerne potentielt genfindes i forbindelse med andre kontrakter mellem offentlige og private parter. Udfaldet af konflikten mellem regionerne og PLO, og det fremsatte lovforslags endelige vedtagelse, er således ikke afgørende for spørgsmålenes behandling i denne artikel.

2. Overenskomstens juridiske karakter

Det dokument, som repræsenterer kernen i konflikten mellem RTLN og PLO, bærer titlen »Overenskomst om almen praksis«. Styrket af det forhold, at kontrakten regulerer arbejdsrelaterede forhold, giver brugen af ordet »overenskomst« lignelser til det arbejdsretlige overenskomstbegreb, der betegner en kollektiv aftale på arbejdsmarkedet mellem en organisation af arbejdsgivere, eller en enkelt arbejdsgiver, og en organisation af lønmodtagere, som fastlægger centrale vilkår i forbindelse med ansættelsesforholdet.[5] Den arbejdsretlige overenskomst stifter ikke i sig selv et ansættelsesforhold, men skal kombineres med en konkret ansættelsesaftale mellem en lønmodtager og en arbejdsgiver for, at der opstår gensidige fordringer mellem disse.

»Overenskomst om almen praksis« er ganske omfattende og fylder inklusiv bilag og stikordsregister 201 sider. På disse sider reguleres blandt andet planlægningen af lægedækningen i Danmark og vilkårene for drift af lægepraksis herunder blandt andet praksisstørrelse, mulighederne for praksis med ansatte læger og tilgængelighed. Overenskomsten indeholder også en detaljeret regulering af afregning for de ydelser, lægerne præsterer. I en protokol til overenskomsten – der indgår som bilag til denne – reguleres endvidere opgaverne i den almene praksis.

Samlet set fastlægger overenskomsten således centrale vilkår for lægernes arbejde, men til forskel fra den arbejdsretlige overenskomst er der med »Overenskomst om almen praksis« ikke tale om en aftale mellem en arbejdsgiver og en lønmodtager eller om et ansættelsesforhold. »Overenskomst om almen praksis« er således ikke en arbejdsretlig overenskomst. I stedet er overenskomsten indgået mellem RLTN og PLO en gensidigt bebyrdende kontrakt om køb af en serviceydelse, hvor regionen optræder som køber, og den alment praktiserende læge optræder som sælger af de ydelser, der skal sikre, at regionerne løfter den opgave, de er pålagt i medfør af sundhedslovens § 57, stk. 1. Denne klassificering af overenskomsten svarer

[5] Peer Schaumburg-Müller, Kollektiv arbejdsret, 1. udgave (Kbh.: Thomson, 2007), 141. Ole Hasselbalch anvender samme beskrivelse, men finder at den kun skal være udgangspunkt for en konkret klassificering af, om en aftale er en kollektiv overenskomst, jf. Ole Hasselbalch, Den danske arbejdsret. Bd.3 (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009), 2143.

til kontrahenternes opfattelse af dokumentet, idet det i overenskomstens kapitel 1 er anført: »Overenskomsten for almen praksis kan betragtes som en kontrakt, som indgås mellem de to parter, og som beskriver indhold, vilkår, rammebetingelser og kvalitetsmål mv. for opgaveløsningen med udgangspunkt i de overordnede mål og visioner«.[6]

Med retlig status som kontrakt bliver overenskomsten underlagt kontraktretten og den almindelige obligationsret. Som konsekvens heraf skal overenskomsten fortolkes ved hjælp af den kontraktretlige fortolkningslære, og spørgsmål om adgangen til at opsige overenskomsten skal afgøres efter de obligationsretlige regler.[7]

Foruden at være en almindelig juridisk kontrakt er det også kendetegnende for overenskomsten, at dens realydelse tjener til opfyldelse af en offentlig opgave, som realkreditor (regionerne) ved lov er forpligtede til at sikre varetagelsen af. Endvidere er der knyttet en betydelig samfundsmæssig interesse til realydelsen, idet landets borgere – vel nærmest uden undtagelse – har en interesse i den del af landets sundhedsvæsen, der udgøres af de praktiserende læger.

Den samfundsmæssige interesse i overenskomsten kan få betydning for anvendelsen af kontrakt- og obligationsretten på denne. I domspraksis ses den samfundsmæssige interesse således at spille ind i sager som U 1966.145 H, hvor salg af alle aktierne i et selskab ikke blev betragtet som salg af selskabet, men som salg af dets aktiv, U 1980.343 H om fortolkning af en kontrakt om private grundejeres overdragelse af arealer til en kommune og i U 2006.1189 H om den samfundsmæssige interesses betydning for adgang til at ændre en kontrakt om tildeling af domænenavnet co.dk.[8]

Det vil givet forøge den samfundsmæssige interesses vægt som fortolkningsdatum, at interessen er ganske stærk, og at denne styrke er åbenbar for kontraktparterne, jf. formuleringer i overenskomsten som »almen praksis er hovedhjørnestenen i det danske sundhedsvæsen ...« og »almen praksis har dermed stor betydning for borgernes sundhed og for det samlede forløb på tværs af sektorgrænser«.[9]

Med forbehold for at al kontraktfortolkning er konkret, vil tilstedeværelsen af en samfundsmæssig interesse i overenskomsten isoleret set lede til en for-

[6] »Overenskomst om almen praksis«, s. 10f.

[7] Det skal bemærkes, at de aftaleretlige principper som udgangspunkt også gælder for kollektive overenskomster, men at de på centrale punkter, så som eksempelvis den frie forhandling, er fraveget. Se om aftalerettens anvendelse på kollektive overenskomster hos Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 2. udgave (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2008), 68.

[8] Om en samfundsmæssig interesses betydning som fortolkningsdatum se Karsten Naundrup Olesen, Samfundsloddet, 1. udgave (Kbh.: Thomson – GadJura, 2004), 134-148.

[9] »Overenskomst om almen praksis«, s. 11.

tolkning af overenskomsten som leder til varetagelse af denne interesse. Det skal dog understreges, at der er tale om fortolkning inden for rammerne af den kontraktretlige fortolkningslære, hvilket blandt andet betyder, at fortolkningen kun bliver aktuel i de tilfælde, hvor kontraktens bestemmelser ikke selv kan levere svar på et givet spørgsmål.

3. Samarbejdets ophør

3.1. Overenskomstens ophør

Overenskomsten indeholder ikke klausuler, som begrænser den i tidsmæssig udstrækning, og den udløber derfor ikke til et bestemt tidspunkt.

Overenskomsten indeholder heller ikke klausuler om ophævelse. Dette skal ses i lyset af, at den samlede overenskomst næppe kan blive genstand for misligholdelse; noget sådant vil i givet fald forekomme som den enkelte praktiserende læges misligholdelse af overenskomstens bestemmelser.

Derimod indeholder overenskomsten klausuler, der regulerer parternes muligheder for at opsige den. Af overenskomstens § 136, stk. 1, fremgår det således, at begge parter kan opsige overenskomsten med mindst 3 måneders varsel til ophør den 1. i en måned. I § 136, stk. 2, findes en skærpet opsigelsesadgang (2 måneder) i tilfælde af lovgivning, som griber ind i honorarfastsættelsen efter overenskomsten eller pålægger lægerne væsentligt øgede praksisomkostninger.

3.2. Den enkelte læges udtræden af overenskomsten

3.2.1. Overenskomstens regulering

Foruden den nævnte regulering vedrørende den samlede overenskomsts ophør, indeholder overenskomsten også regulering af, hvordan den enkelte praktiserende læge – eller et klinikfællesskab – kan bringe tilknytningen til overenskomsten, og dermed den offentlige sygesikring, til ophør. Denne regulering findes i overenskomstens §§ 17-20 samt § 29, stk. 2, hvor sidstnævnte regulerer ophør af praksis drevet som ydernummer på licens.

Bestemmelserne i §§ 17, stk. 9 og 10, regulerer situationen med lægens dødsfald henholdsvis bortfald af autorisation. I sådanne tilfælde skal der gives besked til regionen, jf. § 18, og såfremt praksis drives videre ved en stedfortræder, er det muligt at beholde praksis i 1 år, dog med mulighed for forlængelse ved rimelig begrundelse. Ved dødsfald skal boet give meddelelse om ophør til regionen med en måneds varsel, jf. § 19, stk. 5.

Bestemmelserne i § 19 drejer sig om praksisophør, når praksis ikke overtages af en anden læge. I forhold til bestemmelserne er lægen – hvis der ikke er udsigt til, at praksis overtages af en anden læge – forpligtet til at varsle ophør over for regionen 6 måneder før ophørsdatoen. 3 måneder inden den varslede ophørsdato skal lægen endeligt meddele regionen, om han ophører.

Overenskomstens § 20 regulerer praksisophør, i kompagniskab og delepraksis, når praksisdelen ikke overtages af en anden læge. Her overtager den ophørende læges kollegaer praksisdelen og skal inden for 1 år overdrage denne til en anden læge, eller ansætte en læge. Hvis den ledige lægekapacitet ikke forventes at kunne blive besat med en ny læge, har lægerne pligt til at varsle dette over for regionen med 6 måneders varsel regnet fra tidspunktet, hvor den ophørende læge giver besked om, at han ønsker at ophøre, eller fra det tidspunkt hvor det er klarlagt, at praksisdelen ikke kan overdrages. Endelig meddelelse om, at der gives afkald på den ledige lægekapacitet, skal gives til regionen senest 3 måneder før ophøret.

Sammenfattende er reglerne for de situationer, hvor en læge ønsker at ophøre med at praktisere og derfor skal aflevere sit ydernummer, altså sådan, at ophøret skal varsles 6 måneder inden ophøret, og at der 3 måneder inden samme tidspunkt skal gives endelig besked om ophøret.

Reguleringen af den enkelte læges ophør og varslingsreglerne skal ses i lyset af den opgave, regionerne er pålagt i medfør af sundhedslovens § 57, stk. 1. De 6 måneders varsel skal give regionen lejlighed til at finde en anden læge til den ophørende læges patienter. Der er således tale om en kodificering og konkret regulering af den obligationsretlige diligenspligt.

3.2.2. Striden om aflevering af ydernumre

Ydernumrene tildeles af det regionale praksisplanudvalg, og er det nummer, den alment praktiserende læge, speciallæge, tandlæge, fysioterapeut, psykolog eller fodterapeut får tildelt som yder for det offentlige sundhedsvæsen som betingelse for honorarafregning efter overenskomsten med RLTN. Tildelingen af ydernumre er begrænset af behovet for alment praktiserende læger inden for et bestemt geografisk område. De nærmere vilkår for tildeling af ydernumre har indtil nu alene været reguleret ved aftale i overenskomstens § 7 om årlig fastsættelse af lægedækningen. Med loven flyttes den del af den aftalebaserede regulering til loven.

I forbindelse med konflikten mellem PLO og regionerne i 2013 truede lægerne med at aflevere deres ydernumre. Det ville i givet fald have skabt en situation, hvor lægernes samarbejde med regionerne i henhold til overenskomsten ophørte, idet ydernummeret er den enkelte læges adgang til de honorarer, overenskomsten fastsætter. I den konkrete situation var det dog ikke lægernes intention at ophøre med at praktisere, idet de fortsat ville modtage patienter. Men uden ydernummeret – og dermed adgang til honorar fra regionerne – ville lægerne have opkrævet betaling for deres ydelser ved patienterne.

Lægernes trussel udløste en strid om, fra hvilket tidspunkt afleveringen af ydernumrene i givet fald kunne få effekt. Regionerne var af den opfattelse at aflevering skulle betragtes som ophør uden overdragelse til anden læge, og

at overenskomstens §§ 19 og 20, der netop regulerer den situation, skulle følges, med den konsekvens at lægerne først kunne frigøre sig for pligterne i henhold til overenskomsten med 6 måneders varsel.

Lægerne var af den opfattelse, at afleveringen kunne ske uden anvendelse af overenskomstens §§ 19 og 20, og med effekt fra og med 1. september 2013, idet overenskomsten af regionerne var opsagt til ophør ved udgangen af august 2013.

Da overenskomsten som tidligere fastslået er en gensidigt bebyrdende kontrakt, er det nærliggende, at spørgsmålet om proceduren for – og den tidsmæssige virkning af – afleveringen af ydernumrene søges besvaret på grundlag af de kontrakt- og obligationsretlige regler, og som følge af disse reglers vidtstrakte deklaratoriske karakter, på grundlag af overenskomstens indhold.

Fordi læger ikke kan være tilsluttet overenskomsten uden at have et ydernummer, betyder aflevering af ydernummeret i realiteten udtrædelse af overenskomsten for den pågældende læge.[10] Og som nævnt ovenfor, er den enkelte læges ophør med praksis (udtræde af overenskomsten) reguleret i dennes §§ 19 og 20. Men det er en betingelse for, at overenskomsten kan inddrages i besvarelsen af det foreliggende spørgsmål, at den er styrende for parternes handlinger i sagen. Med andre ord skal det til en indledning undersøges, om overenskomsten i den konkrete situation var gældende for spørgsmålet om afleveringen af ydernumrene.

Det er et faktum, at overenskomstens ene part – RLTN – opsagde overenskomsten den 3. maj 2013. I henhold til overenskomstens § 136, stk. 1, kunne parter ensidigt opsige overenskomsten »... med mindst 3 måneders varsel til ophør den 1. i en måned«. Overenskomsten kunne herefter tidligst ophøre med udgangen af august 2013, hvilket også var det, RLTN ønskede skulle ske.

Efter de obligationsretlige regler er det en konsekvens af opsigelsen, at parterne i den opsagte kontrakt, efter ophøret, ikke længere har rettigheder og pligter efter kontrakten. Anvendt på striden om aflevering af ydernumrene betyder dette, at lægerne efter 31. august 2013 ikke var bundet af overenskomsten; de kunne ikke længere kræve vederlag efter overenskomstens bestemmelser, og de kunne ikke længere pålægges forpligtelser i henhold til

[10] I U 2010.1658 H lagde Højesteret således til grund, at det efter overenskomstens ophør stod den enkelte fodterapeut frit for at afvise at udføre de tilskudsberettigede ydelser og udtalte i denne sammenhæng at den enkelte fodterapeut havde mulighed for at frasige sig sit ydernummer og derefter virke uden for tilskudsordningen. Det følger samtidig af dommen, at den hjemmel ministeren har til i overenskomstløse perioder at fastsætte størrelsen på honorarerne efter sundhedslovens § 229 ikke kan fraviges ved aftale mellem den enkelte fodterapeut og dennes patient.

denne. Som følge heraf kunne reglerne om ophør af praksis i §§ 19 og 20 heller ikke være gældende for lægerne.

Bedømt efter kontrakt- og obligationsretten kunne lægerne altså aflevere deres ydernumre den 1. september 2013, da overenskomsten på det tidspunkt ikke længere eksisterede. Herefter ville lægerne – for så vidt angår de emner, der alene er reguleret i overenskomsten – være frit stillede i forhold til, hvordan de ville udøve deres praksis.

Det angivne udgangspunkt – at de kontraktuelle forpligtelser ophører sammen med kontrakten – gælder som en tungtvejende hovedregel, men ikke undtagelsesfrit. Blandt modifikationerne gælder, at det obligationsretlige loyalitetsprincip kan udstrækkes til i et vist omfang også at forpligte kontraktens parter efter kontraktens ophør. Eksempelvis tilsiger princippet, at tidligere kontrahenter ikke efter kontraktforholdets ophør udleverer oplysninger, indvundet gennem kontraktforholdet, hvis udlevering vil være til skade for den tidligere medkontrahent.

Overenskomstens bestemmelser om lægernes ophør med praksis skal sikre regionerne en rimelig tid til at finde alternativer til den ophørende praksis, således at borgerne har en kontinuert adgang til praktiserende læge, og regionerne kan opfylde den lovpligtige opgave pålagt dem med sundhedslovens § 57, stk. 1. Med dette formål er det nærliggende at overveje, om loyalitetsprincippet kan strækkes så langt, at lægerne, også efter overenskomstens ophør og dermed efter at lægerne er bundet af §§ 19 og 20, skal være forpligtede til at medvirke til, at regionerne kan opfylde pligten efter sundhedslovens § 57, stk. 1. I en situation, hvor ophøret af §§ 19 og 20 skyldes regionernes opsigelse af overenskomsten, må svaret blive negativt. Regionerne burde have kendt til konsekvenserne af opsigelsen, inden de skred til netop dette, og burde derfor have indrettet sig herefter. Bedømt ud fra kontrakt- og obligationsretten synes det herefter ikke rimeligt både at give regionerne adgang til at opsige overenskomsten og mulighed for at fastholde lægerne i overenskomsten ud over det opsigelsesvarsel, der findes i overenskomstens § 136.

3.2.3. Lovindgrebets betydning

I forhold til den juridiske vurdering af spørgsmålet om lægernes binding til overenskomsten, og herunder reguleringen af adgangen til at aflevere ydernumrene, må det, foruden de kontrakt- og obligationsretlige aspekter behandlet ovenfor, også overvejes, hvilken betydning lovindgrebet[11] ville have.

I forbindelse med konflikten blev der fra regionernes side argumenteret for, at lægerne, hvis de ønskede at aflevere deres ydernumre, skulle iagttage

[11] Lov nr. 904 af 4. juli 2013.

bestemmelserne i overenskomstens §§ 19 og 20, også efter overenskomstens ophør, som følge af regionernes opsigelse.

Som anført ovenfor ledte kontrakt- og obligationsretten sammenholdt med overenskomstens § 136, stk. 1, til, at overenskomstens forpligtelser ophørte med udgangen af august 2013, hvorfor lægerne ikke var bundet til at følge de foreskrevne procedurer i §§ 19 og 20 ved aflevering af ydernumrene efter 31. august 2013. Når regionerne alligevel argumenterede for klausulernes anvendelse, var det ud fra den opfattelse, at vedtagelsen af det fremsatte lovforslag ville forlænge overenskomsten. Regionerne fandt blandt andet støtte for deres synspunkter i en redegørelse fra Kammeradvokaten, rekvireret af Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse. I redegørelsen konkluderede Kammeradvokaten, at de praktiserende læger med lovforslaget »vil handle i strid med overenskomsten og hermed den lovbestemte ordning«, hvis de ophører med at praktisere eller nedlægger praksis uden at iagttage overenskomstens varslingsregler.[12] Overtrædelse af overenskomstens regler skal, efter Kammeradvokatens opfattelse, i givet fald sanktioneres efter overenskomsten, herunder dens regler om bod og udelukkelse fra at praktisere efter overenskomsten.[13]

Det fremgik af lovforslagets § 4 – som på dette punkt blev vedtaget uændret – at Ministeren for Sundhed og Forebyggelse skulle fastsætte tidspunktet for ikrafttrædelsen af lovforslagets § 1, som indeholdt de ændringer af sundhedsloven, der indgik som en del af konflikten mellem regionerne og PLO. Endvidere var det i lovforslaget § 4, stk. 4 bestemt, at »indtil § 1 træder i kraft, finder Overenskomst om almen praksis af 3. juni 1991 ændret senest ved aftale af 21. december 2010 fortsat anvendelse«. I bemærkningerne anføres om ministerens bemyndigelse, at bemyndigelsen vil blive anvendt til sætte hele loven i kraft 1. september 2014.[14] Er der ikke indgået overenskomst inden september 2014, kan ministeren herefter administrativt gribe ind og fastsætte regler om tilskud og ydelsernes indhold, jf. sundhedslovens § 229.[15]

[12] Kammeradvokatens redegørelse af 31. maj 2013, s. 1.

[13] Kammeradvokatens redegørelse af 31. maj 2013, s. 1.

[14] FT 2012-13, tillæg A, lovforslag nr. 227, bemærkningerne til § 4.

[15] Foreligger der ingen overenskomst, kan ministeren efter § 229, stk. 1 gribe ind og fastsætte regler om ydelsernes indhold. Bemyndigelsen omfatter ydelser opregnet i § 227, stk. 1, der som nyt også omfatter lokale sundhedsaftaler efter § 57 b og praksisplaner efter § 206 a. Fortolkningen af bestemmelsen giver anledning til en hvis tvivl. Det følger af bestemmelsens ordlyd, at bemyndigelsen også omfatte indgreb i lokale aftaler. Det vil i givet fald indebære en betydelig svækkelse af de praktiserendes lægers forhandlingsposition. En sådan udvidelse af hjemlen ses ikke omtalt i hverken bemærkninger til lovforslaget eller ministersvarene. Det er i bemærkningerne til bestemmelsen anført, at bemyndigelsen er begrænset til områder, hvor lønnings- og takstnævnet træffer afgørelse. Det følger dermed af bemærkningerne, at ministerens hjemmel til at gribe ind omfatter den situation, hvor den enkelte region

Efter vedtagelsen forlængede loven således ganske rigtigt den opsagte overenskomst, og spørgsmålet er herefter, om lovgiver kan gribe ind i en konflikt mellem to kontraktparter med den virkning, at en allerede opsagt kontrakt kan vækkes til live igen og efter dens ophør igen komme til at være styrende for kontrahenterne.

Foruden at overenskomsten mellem RLTN og PLO er en kontrakt mellem de to parter, og som sådan underlagt kontrakt- og obligationsretten, regulerer den også arbejdsretlige forhold. Det kan på denne baggrund overvejes at besvare ovennævnte spørgsmål ud fra et arbejdsretligt synspunkt.
Inden for det arbejdsretlige fagområde er såkaldte forlængelseslove – lovgivning, der forlænger opsagte overenskomster – almindeligt anerkendte.[16] På det grundlag er der derfor støtte for regionernes synspunkt. Spørgsmålet er herefter, om overenskomsten mellem RLTN og PLO har en sådan karakter, at den er omfattet af de arbejdsretlige regler, og at dette retsområdes accept af tvungen kontrahering skal være styrende fremfor kontraktrettens grundlæggende princip om kontraheringsfrihed.[17]

I dommen gengivet i U1987.1H – *Lægehonorarsagen* – som også omtales i afsnit 4, fremhæver Højesteret indledningsvis, at den dagældende landsoverenskomst om almen lægegerning, i forarbejderne til en forlængelseslov vedrørende blandt andet den overenskomst, »i indkomstpolitisk henseende blev sidestillet med kollektive overenskomster om løn og arbejdsforhold«. Uden udtrykkeligt at forholde sig til denne antagelse i lovforarbejderne lægger Højesteret herefter til grund, at overenskomsten skal sidestilles med en arbejdsretlig overenskomst.

Den tvist, Højesteret tog stilling til i *Lægehonorarsagen*, drejede sig om lægernes honorar i henhold til overenskomsten med sygesikringen. I sammenligning hermed er 2013-konflikten mere kompleks, idet uenighed om aflønning kun udgør en mindre del af tvisten, som også drejer sig om lægernes arbejdsvilkår i bredere forstand og om regionernes muligheder for at styre udviklingen af sektoren for almen praksis. Det kan ikke uden videre afvises, at den omstændighed, at konflikten omfatter andet end den rene betaling for det udførte arbejde, kunne lede domstolene til en anden vurdering i 2013-konflikten, end tilfældet var i *Lægehonorarsagen*, af spørgsmålet om

---

har delegeret forhandlingskompetencen til lønnings- og takstnævnet. Beslutning om delegation træffes af regionsrådet. Det skal bemærkes, at de praktiserende lægers organisation tilsvarende afgør om vilkårene for udmøntningen af sundhedsaftalerne skal forhandles lokalt eller centralt.

[16] Se om lovindgreb i arbejdskonflikter hos Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 533ff. Schaumburg-Müller, *Kollektiv arbejdsret*, 349ff. Hasselbalch, *Den danske arbejdsret. Bd.3*, 2751ff.

[17] Se for en generel omtale af den kollektive overenskomsts forhold til kontraktretlige regler hos Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, 68ff.

at sidestille overenskomsten mellem PLO og RLTN med en arbejdsretlig overenskomst. Den foreliggende domspraksis skaber en formodning om, at domstolene vil betragte overenskomsten som en arbejdsretlig overenskomst, med den følge at overenskomsten kunne forlænges som foreskrevet i loven. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at forlængelsesloven ikke alene binder den praktiserende læges arbejdskraft i forlængelsesperioden, men tillige binder den kapital, de praktiserende læger har investeret i deres klinikker. Hvorvidt en sådan begrænsning i rådighedsretten er beskyttet af grundlovens § 73 må i givet fald bero på en konkret vurdering af byrdefuldheden af det pågældende lovindgreb.

4. Kravet om tilbagebetaling af honorarer

4.1. Bundet til nye vilkår

Lægges det til grund, at lov 904/2013 forlænger overenskomsten frem til september 2014, er en konsekvens, at PLO er udelukket fra kollektivt at opsige og forhandle de overenskomstmæssige vilkår, der er reguleret i loven. De praktiserende læger må i stedet enkeltvis gå frem efter overenskomstens regler om ophør af praksis.[18] Det indebærer, at de praktiserende læger herefter er bundet til at praktisere under andre vilkår, end de der er aftalt mellem PLO og RLTN, i en periode på 6 måneder, nemlig den varslingsperiode ved ophør, der er fastsat i overenskomsten. Den tvangssituation, lægerne ville befinde sig i i perioden fra 1. september 2013 til 28. februar 2014, analyseres i det følgende. Situationen efter den 28. februar 2014 behandles ikke, idet lægerne efter det tidspunkt ikke på samme måde vil være tvunget til at arbejde under vilkår, de ikke vil acceptere, idet de med overenskomstens bestemmelser kan bringe overenskomsten (kontraktforholdet) til ophør.

I den vedtagne lovs § 4, stk. 5, er det fastsat, at der indføres en økonomisk ramme, jf. lovens bilag 1, indtil § 1 træder i kraft, og at »den økonomiske ramme svarer forholdsmæssigt til den periode, hvor økonomiprotokollatet, jf. bilag 1, er gældende«. Indførelsen af en samlet økonomisk ramme, jf. lovens § 4, stk. 5, som udgør et loft for de praktiserende lægers omsætning i forlængelsesperioden, indebærer, at de praktiserende læger kan blive mødt med et krav om tilbagebetaling. Indførelse af et »økonomiloft« indebærer ikke i sig selv, at der rejses et sådant krav. Loven tilvejebringer derimod de retlige forudsætninger for at gennemføre krav om tilbagebetaling af lovligt og allerede optjente honorarer. Tilbagebetalingskravet realiseres efter loven som en modregning i overenskomstens reguleringsprocent. Kan beløbet ikke modregnes fuldt ud, overføres det til efterfølgende reguleringer.

[18] Det skal bemærkes, at der ikke er tale om ophør af praksis, idet lægerne fortsætter med at praktisere, men uden for overenskomsten. Der er i overenskomsten ikke taget højde for den situation, og hvorvidt overenskomstens regler finder anvendelse beror på en fortolkning, jf. afsnit 3.2.2.

Med muligheden for at stille krav om tilbagebetaling af honorarer, der er lovligt optjente, er loven et indgreb i den enkelte læges formuerettigheder. Særligt for den periode på 6 måneder, hvor den enkelte praktiserende læge er udelukket fra at disponere over sine formueforhold og skal praktisere under ændrede vilkår, er der grund til at overveje, om loven er i overensstemmelse med den beskyttelse af ejendomsretten, der er fastsat i grundlovens § 73.[19]

4.2. Lovindgrebet og forholdet til grundlovens § 73

4.2.1. Krav på honorar og ejendomsbegrebet i § 73

Genstanden for beskyttelse efter grundlovens § 73 er ejendomsretten. Det er imidlertid fast antaget, at ejendomsbegrebet skal forstås i vid betydning omfattende formueforhold og ikke blot ejendomsretten til fast ejendom og bestemte fysiske genstande. Således anses også formueforhold og herunder rettigheder opnået ved aftale om løn og arbejdsvilkår fastsat i kollektive overenskomster, som omfattet.[20] Krav om tilbagebetaling af allerede optjente honorarer har i denne sammenhæng karakter af afståelse, idet også modregning i udestående fordringer henføres under ejendomsbegrebet.[21] I *Lægehonorarsagen* i U1987.1H lagde Østre Landsret således til grund, at allerede ikrafttrådte honorarstigninger måtte anses som et formuegode beskyttet af grundlovens § 73, og som herefter kun kunne bringes til ophør med et varsel svarende til overenskomstens opsigelsesvarsel.[22]

De hensyn, der ligger bag grundlovens § 73, er ikke kun begrundet i hensyn til at beskytte den enkelte borger mod at skulle bære særlige byrder i forbindelse med indgreb begrundet i samfundets interesser.[23] Beskyttelsen er også begrundet i en samfundsmæssig interesse i at beskytte borgerne mod

[19] Det skal bemærkes, at Kammeradvokaten i redegørelsen til Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse ikke berører spørgsmålet, om det er foreneligt med grundlovens § 73 i lovgivningen at give hjemmel til, at regionerne kan pålægge de selvstændigt praktiserende læger at tilbagebetale lovligt og allerede optjente honorarer.

[20] Jens Peter Christensen, *Dansk statsret*, 1. udgave (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2012), 300-301. Peter Germer, *Statsforfatningsret*, 5. udgave (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2012), 286-289.Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udgave (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 1987), 399-403. Alf Ross, *Dansk statsforfatningsret*, 2. gennemarb. udg. (København: Arnold Busck, 1966), 635. Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (Kbh.: Gyldendal, 1964), 719.

[21] Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 721.

[22] Højesteret afviste, at det omtvistede indgreb havde ekspropriativ karakter, da det måtte betragtes som et led i lovgivningsmagtens almindelige indkomstpolitik. Dermed fik Højesteret ikke anledning til, på samme måde som landsretten, at tage stilling til spørgsmålet, om honorarstigningen faldt inden for anvendelsesområdet for § 73.

[23] Christensen, *Dansk statsret*, 299. Michael Hansen Jensen, »Ekspropriation og proportionalitet«, *Ugeskrift for retsvæsen* 134, nr. 38 (2000): 439.

vikårlige indgreb i deres ejendomsforhold. Beskyttelsen beror på nogle grundlæggende lighedsbetragtninger, hvor den enkelte borger er beskyttet mod at bære særlige og urimelige byrder i gennemførelsen af beslutninger begrundet i samfundsmæssige interesser.[24]

Grundlovens § 73 udelukker ikke lovgivningsmagten fra indgreb i privates formueforhold, men fastsætter derimod nogle skranker for lovgivningsmagtens indgriben.[25] Uden beskyttelsen i grundlovens § 73 ville offentlige myndigheder i langt videre omfang kunne gribe ind i ejendomsretten. Det er samtidig ikke uforeneligt med grundloven, at en lov kan indrømme forvaltningen endog meget vidtgående beføjelser til at gøre indgreb i ejendomsretten. De beføjelser lovgivningen overlader til myndigheden, skal imidlertid være holdt inden for rammerne af grundloven. Det er i givet fald overladt til domstolene at prøve, om lovgivningsmagten holder sig inden for den kompetence, de har fået tillagt af grundlovgiver.

Den beskyttelse, grundlovens § 73 yder, er begrænset til indgreb, der har karakter af afståelse. Det følger videre af bestemmelsen, at afståelsen skal være krævet af hensyn til almenvellet og kun kan ske ved lov og mod fuld erstatning. Det er ikke nærmere fastlagt, hvilke hensyn der er omfattet af almenvellets interesser. Det indebærer, at det er overladt lovgivningsmagten at bestemme, hvilke samfundsmæssige hensyn falder ind under almenvellet, et skøn der fortrinsvist må bero på gældende politisk vurdering, og som domstolene traditionelt er tilbageholdende med at prøve.[26]

Udtrykket »afståelse« sigter på den klassiske ekspropriationssituation, hvor ejendomsretten overføres fra en privat ejer til det offentlige for at varetage hensyn til almenvellet.[27] Uden for den klassiske ekspropriationssituation yder de hensyn, der ligger bag grundlovens § 73, ikke en klar afgrænsning af, hvornår der er tale om afståelse. Hvor grænsen skal trækkes mellem indgreb, der er afståelse, og erstatningsfrie regulereringer, er særligt i disse situationer forbundet med betydelige fortolkningsvanskeligheder.[28]

Bedømmelsen af, hvorvidt der er tale om afståelse eller erstatningsfri regulering, beror på en samlet bedømmelse af indgrebets karakter.

Der er med forlængelsen af overenskomsten efter lovforslagets § 4, stk. 4 ikke tale om afståelse i klassisk betydning, hvor retten til at råde over ejen-

[24] Jensen, »Ekspropriation og proportionalitet«, 439.
[25] Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 719.
[26] Christensen, *Dansk statsret*, 315 og prøvelsen af grundloven generelt, 251-253.
[27] Christensen, *Dansk statsret*. Sørensen, *Statsforfatningsret*, 408. Germer, *Statsforfatningsret*, 275.
[28] Erik Riis, »Indkomstpolitik – ekspropriation«, *Ugeskrift for retsvæsen* 121, nr. 37 (1987): 285.

dommen overføres til en ny ejer.[29] Den ret lovgivningsmagten antages at have til, gennem forlængelseslove, at gribe ind i overenskomstforhold, herunder også med ændringer i lønforholdene, udelukker ikke, at begrænsninger i rådighedsretten kan være så indgribende, at det efter omstændighederne skal sidestilles med ekspropriation.[30]

4.2.2. Afståelse eller erstatningsfri regulering

Indgreb, der ikke har karakter af afståelse af ejendom i forhold til en beskyttet ejer, er ikke omfattet af grundlovens § 73. Bedømmelsen af, hvorvidt der er tale om en begrænsning eller overførsel af rådighedsretten, kan ikke stå alene, når det skal vurderes, om der er tale om afståelse af beskyttede rettigheder. Der er i den juridiske teori enighed om, at bedømmelsen af, om et indgreb skal anses som afståelse, beror på en række yderligere kriterier.[31] I den juridiske teori opregnes navnlig indgrebets generalitet, intensitet og begrundelse som de væsentligste.[32]

Indgreb, der rammer generelt, trækker i retning af, at der ikke er tale om afståelse. Et indgreb er generelt, når det har retsvirkning for alle eller alle af en vis kategori. Singulære indgreb, der alene har retsvirkning for en snæver kreds af personer, kan ikke alene af den grund sidestilles med afståelse. Indgreb, hvor det er muligt på baggrund af abstrakte kriterier præcist at fastlægge den kreds af personer, der er omfattet, kan imidlertid ikke alene af den grund anses for ekspropriation. Det skal tillige indgå i bedømmelsen, om den kreds af personer, indgrebet har virkning for, rammes ekstraordinært og atypisk.[33]

Intensiteten af et indgreb beror på, om indgrebet er mere eller mindre byrdefuldt. Mindre brydefulde indgreb sidestilles normalt ikke med afståelse. Bedømmelsen af et indgrebs intensitet beror på det rettighedstab, indgrebet påfører de berørte personer. Det skal i denne sammenhæng tillægges betydning, om indgrebet rammer en snæver kreds af personer uforholdsmæssigt hårdt. Derudover indgår det i bedømmelsen, om indgrebet ændrer forudsætninger for en aftale eller griber direkte ind i aftalevilkårene.[34]

[29] Sørensen, *Statsforfatningsret*, 408. Jørgen Rønnow Bruun, »Er lovindgreb i kollektive overenskomster ekspropriation?«, *Ugeskrift for retsvæsen* 122, nr. 47 (1988): 396.

[30] Sørensen, *Statsforfatningsret*, 408.

[31] Bruun, »Er lovindgreb i kollektive overenskomster ekspropriation?«, 396. Christensen, *Dansk statsret*, 304.

[32] Sørensen, *Statsforfatningsret*, 408-414. Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 735-746. Germer, *Statsforfatningsret*, 275-277. Christensen, *Dansk statsret*, 304-311. Opregningen er ikke udtømmende, jf. Bruun, »Er lovindgreb i kollektive overenskomster ekspropriation?«, 400.

[33] Germer, *Statsforfatningsret*, 276.

[34] Bruun, »Er lovindgreb i kollektive overenskomster ekspropriation?«, 397.

Indgreb begrundet i farehensyn anses ikke traditionelt for afståelse.[35] Det er juridisk antaget, at særligt i de situationer, hvor begrundelsen peger væk fra afståelse, skal indgrebet være nødvendigt for at tilgodese de hensyn, der forfølges. Indgreb, der er mere vidtgående end formålet tilsiger,[36] eller indgreb, der i udpræget grad varetager fremmed eller speciel interesse, er således et selvstændigt argument for afståelse.[37] Indgreb, der tilgodeser det offentliges økonomi, kan omvendt tale for, at der foreligger afståelse, jf. U 1980.955, hvor Østre Landsret lagde vægt på, at gennemførelsen af en monopolordning måtte antages at varetage hensynet til Den Kgl. Grønlandske Handels økonomi.[38]

4.2.3. Er lovindgrebet udtryk for ekspropriation?

Det aktuelle lovindgreb omhandler muligheden for at modregne allerede optjente ydelser i fremtidige honorarstigninger. Domstolene har tidligere taget stilling til indgreb i aftalte honorarer.

Landsretten fastslog i den såkaldte *Lægehonorarsag* i U1987.1H, at indgreb i de praktiserendes lægers overenskomst var omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73. De praktiserende læger havde, efter forhandling med sygesikringen, aftalt regulering af honorarerne efter den almindelige pristalsregulering. Lovindgrebet, der blev vedtaget 1. maj 1984, indebar, at fremtidige reguleringer bortfaldt, og at lægernes honorarer med virkning fra 1. juni skulle fastsættes med udgangspunkt i prisreguleringstallet fra oktober 1983, dog således, at allerede optjente honorarer gik fri. Landsretten udtalte om indgrebet i de aftalte honorarforhøjelser, at uanset indgrebet ramte en lille afgrænset gruppe, var indgrebet omfattet af lovgivningsmagtens ret til at foretage en almindelig regulering af ejendomsrettens grænser. For så vidt angik de allerede ikrafttrådte forhøjelser, udtalte landsretten, at loven havde en mere ekstraordinær karakter og fandt på den baggrund, at den del af indgrebet var ekspropriativt. Højesteret nåede frem til det modsatte resultat. I modsætning til landsretten lagde Højesteret til grund, at indgrebet skulle ses som et led i lovgivningsmagtens almindelige indkomstpolitik. Højesteret lagde således til grund for dommen, at det i bemærkningerne til det daværende lovforslag om baggrunden for indgrebet var anført, at dyrtidsreguleringen generelt suspenderes for alle lønmodtagere.[39] Indgrebet skulle herefter ses i sammenhæng med indgreb i løn og pristalsreguleringen på det øvri-

[35] Christensen, *Dansk statsret*, 306. Germer, *Statsforfatningsret*, 276. Sørensen, *Statsforfatningsret*, 409-410.

[36] Jensen, »Ekspropriation og proportionalitet«, 441.

[37] Bruun, »Er lovindgreb i kollektive overenskomster ekspropriation?«, 403.

[38] Christensen, Dansk statsret, 367.

[39] FT 1983-84, tillæg A, lovforslag nr. 175 om begrænsning af honorarstigninger og om ændring af reguleringsbestemmelserne i sygesikringsoverenskomsterne m.v.

ge arbejdsmarked. Højesteret tillagde det i denne sammenhæng ikke betydning, at overenskomsten for praktiserende læger kun omfatter en lille kreds af personer. Det vil i givet fald svare til at indrømme små overenskomstområder en særbeskyttelse, som ikke vil gælde for de store overenskomstområder.

Det indgreb i overenskomsten, der blev gennemført i 2013, er et generelt lovindgreb. Indgrebet indebærer, at forhold, der tidligere har været til genstand for forhandling i overenskomsten, fremadrettet reguleres i lov. Det gælder sundhedslovens § 57 a om tildeling af ydernumre, § 206 a om udarbejdelse af praksisplanen, § 57 b om indgåelse af sundhedsaftaler mellem region og kommune om opgaver, som er retlig bindende for de alment praktiserende læger, og som ikke efterfølgende kan fraviges ved aftale efter § 227. Den generelle retlige regulering af aftaleforholdende udgør en betydelig indskrænkning i lægerens forhandlingsposition. Loven ændrer imidlertid ikke alene forudsætningerne for fremadrettet at indgå en aftale, men griber med tilbagebetalingskravet direkte ind i aftalevilkårene for den enkelte praktiserende læge. Det er samtidig et indgreb, der rammer en lille og afgrænset kreds af personer, set i forhold til den meget brede kreds af interessenter, der nyder godt af, at der indføres et krav om tilbagebetaling.

I modsætning til *Lægehonorarsagen* er det nugældende lovindgreb ikke en del af et generelt indkomstpolitisk indgreb. I en kommentar til *Lægehonorarsagen* fremhæver højesteretsdommer *Riis*, at Højesteret i dommen lagde »afgørende vægt på, at indgrebet af Folketinget var anset som et led i en balancering af lovgivningsmagtens almindelige indkomstpolitik«.[40] Lovindgrebet i 2013 er ikke begrundet i de samme generelle hensyn, der førte til, at Højesteret nåede frem til et andet resultat end landsretten. Derudover er den indførte tilbagebetalingsordning en usædvanlig og atypisk reguleringsform. Der findes ikke andre retsområder, hvor det offentlige med støtte i lovgivningen kan rejse krav om tilbagebetalig af lovligt og allerede optjente honorarer.[41] Tilbagebetalingsordningen er også atypisk derved, at den indebærer, at det ansvar, regionerne i lovgivningen har for at prioritere de offentlige udgifter, væltes over på en gruppe af selvstændigt praktiserende læger, som er uden indflydelse på behovet for lægehjælp, og som efter overenskomsten er udelukket fra at undlade at udføre de opgaver, de er pålagt.

Lovindgrebet er vidtgående, idet tilbagebetalingsordningen efter lovens § 4, stk. 5 giver hjemmel til at modregne ethvert beløb i allerede optjente honorarer, som overstiger det fastsatte loft. I sin kommentar til højesterets-

[40] Riis, »Indkomstpolitik – ekspropriation«, 286.

[41] Der er i overenskomsten for speciallæger med de såkaldte knækgrænser indført et økonomiloft, som giver mulighed for en procentvis reduktion i honorarerne, jf. »overenskomst om speciallægehjælp«, jf. § 51, stk. 5. Det er imidlertid en aftalebestemt ordning.

dommen bemærker *Riis*, specielt om dette, at det havde været mere tvivlsomt, hvis indgrebet også havde omfattet allerede indtjente honorarer.[42]
Ved vurderingen af indgrebets intensitet skal det fremhæves, at ydelserne i praksissektoren er styret af borgernes efterspørgsel med få begrænsninger i det antal ydelser, den enkelte borger er berettiget til.[43] De selvstændigt praktiserende læger er herefter stort set uden indflydelse på behovet for lægehjælp og har samtidig efter overenskomsten begrænsede muligheder for at nedjustere aktivitetsniveauet, for fremadrettet at reducere tabet. Det er således i overenskomsten fastsat, at de praktiserende læger skal have åben for adgang alle hverdage mellem 8.00-16.00, at lægebetjeningen skal tilrettelægges sådan, at patienten sædvanligvis kan få en konsultation inden for senest 5 hverdage, at lægen skal tilbyde elektronisk tidsbestilling, elektronisk receptfornyelse og e-konsultation, og at lægen ved fravær er forpligtet til at sørge for, at nødvendig lægehjælp kan ydes af nabolægerne.[44] Det skal yderligere fremhæves, at den enkelte praktiserende læge med et kollektivt omsætningsloft, fremfor et individuelt loft, kan blive mødt med et krav om tilbagebetaling af honorarer optjent af andre praktiserende læger. Intensitetsvurderingen skal også foretages under overvejelse af, at modregningen bygger på en reguleringsmodel, PLO tidligere har accepteret, dog for en afgrænset periode med en fastsat udløbsdato. Det kan ikke tillægges betydning, at tilbagebetalingen realiseres som en modregning i en endnu ikke udmøntet reguleringsprocent, idet udestående fordringer, jf. ovenfor, er beskyttet af grundlovens § 73.

Sammenlignet med *Lægehonorarsagen* omfattede lovindgrebene i den sag allerede ikrafttrådte forhøjelser, men, i modsætning til lovindgrebet i 2013, blev der ikke modregnet i lovligt og allerede indtjente honorarer. Det skal bemærkes, at Højesteret tillagde det betydning, at modregningen i fremtidige honorarer udgjorde en ganske beskeden del af omsætningen i almen praksis, og derfor vanskeligt kunne anses for tilstrækkeligt byrdefuldt.[45]

Lovforslaget er generelt begrundet i et behov for at styrke regionernes planlægningsbeføjelser og skal i denne sammenhæng ses som et ønske om at svække almen praksis forhandlingsposition i forhold til indgåelse af fremtidige aftaler. Det er således i bemærkningerne til lovforslaget anført, at lovforslaget skal sikre regionerne den nødvendige kompetence, og dermed mulighederne for at leve op til deres forpligtelse til planlægning og sikring af

[42] Riis, »Indkomstpolitik – ekspropriation«, 286.
[43] Rigsrevisionen: Notat til Statsrevisorerne om beretning om aktiviteter og udgifter i praksissektoren, februar 2013, pkt. 8.
[44] »Overenskomst om almen praksis« §§ 49-52 om vilkår for lægebetjening.
[45] Riis, »Indkomstpolitik – ekspropriation«, 286.

tilbud til hele det behandlende sundhedsvæsen.[46] Lovgivningsmagten er ikke udelukket fra at gribe ind i allerede opsagte overenskomster. Det er imidlertid uden fortilfælde i lovgivningen at give hjemmel til at kræve lovligt og allerede optjente honorarer tilbagebetalt. Det må her tillægges betydning, at indgrebet ikke, som lovindgreb i *Lægehonorarsagen*, henter sin begrundelse som et led i et generelt indkomstpolitisk indgreb. Enkeltstående indgreb begrundet i hensyn om at tilgodese det offentliges økonomi peger derimod i retning af, at der er tale om afståelse.[47] Muligheden for at gennemtvinge krav om tilbagebetaling har i denne sammenhæng karakter af, at der med lovforslagets forfølges særinteresser i forhold til at imødekomme regionernes behov for økonomistyring. Dertil kommer, at behovet for styring under alle omstændigheder vil kunne imødekommes ved alene at regulere i fremtidige honorarer. For så vidt angår tilbagebetalingskravet synes indgrebet derfor næppe at være nødvendigt, ligesom indgrebet ikke står i et rimeligt forhold til de interesser, der forfølges med lovforslaget.

Hvor grænsen skal trækkes mellem afståelse og erstatningsfri regulering er forbundet med betydelige fortolkningsvanskeligheder. De kriterier, der indgår i fortolkningen, peger dog i retning af, at det er for vidtgående i lovgivningen at give regionerne hjemmel til at kræve lovligt og allerede optjente honorarer tilbagebetalt. Det tillægges i denne sammenhæng afgørende betydning, at indgrebet ikke er et led i et samlet økonomisk indgreb, at de selvstændigt praktiserende læger efter overenskomsten er udelukket fra at justere driften for at reducere tabet, og at der med lovforslaget forfølges særinteresser, som indebærer, at de praktiserende læger i realiteten bærer den økonomiske byrde af manglende offentlig styring af adgangen til ydelser i almen praksis.

5. Forhold omkring forhandlingsparterne

5.1. Valg af medkontrahent

Under konflikten mellem regionerne og PLO gav Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse udtryk for, at hvis forhandlingerne kørte fast, kunne det komme på tale, at RLTN ikke længere skulle betragte PLO som forhandlingspart.[48] På baggrund af denne konkrete udmelding drøftes i dette afsnit parters rettigheder til at vælge medkontrahent. I afsnit 5.2. drøftes et andet aspekt vedrørende forhandlingspartnerne, nemlig deres muligheder for at fastsætte fælles priser for alle lægers ydelser.

[46] Lovforslag L 227, p. 4. De baggrundspapirer, der ligger til grund for forhandlingerne med regeringsparterne og partiet Venstre, bærer i e-mail sendt fra minister- og ledelsessekretariatet til Sophie Løhde, 25.02.2013 titlen: »Captia PLO overenskomsten«

[47] Christensen, *Dansk statsret*, 307.

[48] Notat af 18. marts 2013 fra Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse: Samlet opsummering vedrørende de nye reguleringsmæssige rammer for almen praksis, s. 18.

Overenskomsten mellem RLTN og PLO er, som det er fremgået, en gensidigt bebyrdende kontrakt, og for indgåelse af sådanne gælder princippet om kontraktfrihed. Princippet foreskriver ret til at indgå kontrakt og retten til at undlade det, og princippet foreskriver, at parterne – inden for rammerne af præceptiv lovgivning – kan give kontrakten det indhold, de ønsker. Af retten til at undlade at indgå i et kontraktforhold følger, at en part har ret til selv at vælge sine medkontrahenter. Hvis en potentiel kontraktpart ikke bryder sig om den kommende medkontrahent, ligger det frit for at undlade at indgå i kontraktforholdet.[49] Men hvis man ønsker at indtræde i et kontraktforhold, kan man kun via sin forhandlingsstyrke diktere, hvem man kontraherer med. På denne baggrund kan ministeriets tilkendegivelse kun ses som netop dette – at de foreslår, at regionerne skal forsøge at finde andre samarbejdsparter end PLO til en fremtidig kontrakt.

I relation til regionernes forhandlingsstyrke er det værd at bemærke, at den vedtagne lov bestemmer, at i tilfælde af, at der ikke foreligger en kontrakt om ydelser fra almen praksis, kan ressortministeren fastsætte ».. nærmere regler om vilkårene for regionernes og kommunernes tilskud, herunder regler om ydelsernes indhold ...«.[50] RLTN forhandler herefter med lovgivningsmagten i ryggen.

Det skal bemærkes, at princippet om kontraktfrihed kan afviges. I relation til offentlig-private kontrakter ses dette eksempelvis i forbindelse med kontrakter om levering af praktisk og personlig hjælp i henhold til servicelovens § 83. På dette område er kommunerne forpligtede til at indgå kontrakter med private leverandører, jf. servicelovens §§ 91 og 93. Ligeledes inden for sundhedsområdet, hvor regionerne er forpligtede til at indgå kontrakt med de privatejede sygehuse, klinikker m.v. i Danmark og sygehuse m.v. i udlandet, som ønsker at indgå aftale om behandling af patienter, jf. sundhedslovens § 87, stk. 4. En tilsvarende kontraheringspligt for regionerne foreligger ikke i forbindelse med pligten efter sundhedslovens § 57, stk. 1. Bestemmelsen foreskriver godt nok, at regionerne har ansvaret for at tilvejebringe tilbud om behandling hos praktiserende sundhedspersoner, men den eneste regulering, der findes af, hvordan dette skal sikres, fremgår af sund-

[49] Højesteret fastslog i U 2000.321, at Foreningen af Kliniske Diætister ikke havde krav på at forhandle kollektiv overenskomst med den daværende Amtsrådsforening. Uddannelsen til diætist var oprindeligt en 1-årig overbygning til uddannelsen som økonoma. Diætisternes løn og ansættelsesvilkår var derfor hidtil forhandlet med Økonomaforeningen, hvor hovedparten af de kliniske diætister var medlemmer indtil stiftelsen af deres egen forening. Højesteret lagde til grund for dommen, at beslutningen om valg af forhandlingsmodpart var et led i amtskommunens offentlige forvaltning. Højesteret fastslog på den baggrund, at amtsrådsforeningen sagligt kunne afvise at anerkende forhandlingsret for en organisation, som ønsker overenskomst på et område, som allerede var overenskomstdækket.

[50] Lov nr. 904 af 4. juli 2013. § 13 og specielle bemærkninger til pkt. 13.

hedslovens § 227, i henhold til hvilken regionerne skal indgå kontrakter »... med organisationer af sundhedspersoner m.fl. ...«. Regionerne må herefter være frit stillede i forhold til, hvilke organisationer de indgår kontrakter med, og om de i stedet vil indgå kontrakter med de enkelte læger. Dette svarer til det anførte kontraktfrihedsprincip for så vidt angår frit valg af medkontrahent, men giver ikke regionerne ret til at diktere, hvem der indgås kontrakt med.

Til det anførte kan føjes, at hvis der indgås kontrakt mellem den enkelte læge og en region, kan lægen vælge at lade sig repræsentere eller have en bisidder. Det kan være en advokat eller eksempelvis PLO.

5.2. Parternes forhandling af pris – en markedsretlig overvejelse

Det er udgangspunktet i konkurrenceretten, at virksomheder skal agere selvstændigt på markedet. Dette udgangspunkt er udtrykt i konkurrencelovens § 6, i henhold til hvilken det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Aftalebegrebets bredde fremgår af bestemmelsen i § 6, stk. 2, som rummer en ikke-udtømmende opregning af adfærd, der kan betragtes som aftaler. Det drejer sig blandt andet om fastsættelse af købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser, begrænsning af, eller kontrol med, produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer, opdeling af markeder eller forsyningskilder, at to eller flere virksomheder samordner deres konkurrencemæssige adfærd gennem oprettelsen af et joint venture. Aftalebegrebet omfatter også den situation, at der fastsættes bindende videresalgspriser, eller at der på anden måde gøres forsøg på at få en eller flere handelspartnere til ikke at fravige vejledende salgspriser.

Det skal også bemærkes, at det følger af § 6, stk. 3, at forbuddet efter § 6, stk. 1, også gælder for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

Hvad angår konkurrencebegrænsende adfærd i form af aftaler eller samordnet praksis vedtaget inden for en sammenslutning af virksomheder, såsom brancheorganisationer eller anden form for sammenslutning af virksomheder, følger det af § 6, stk. 3, at det ikke er nødvendigt at kunne påvise, at der er tale om en aftale mellem disse virksomheder, for at forbuddet i § 6 finder anvendelse. Det er derfor muligt at angribe konkurrencebegrænsninger, der er resultat af sammenslutningens virksomhed, uden at der findes en selvstændig kontrakt mellem de deltagende virksomheder indgået uafhængigt af deres deltagelse i sammenslutningen.

For at en foranstaltning skal kunne rammes af § 6 kræves, at to eller flere virksomheder indgår en aftale, der begrænser konkurrencen, eller at konkurrencebegrænsningen er en følge af en beslutning truffet blandt virksomhederne. For at en sådan beslutning skal kunne falde inden for rammerne af

forbuddet, skal beslutningen træffes af et kompetent organ inden for rammerne af sammenslutningen.

Hvis to privatpraktiserende læger – sådanne er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb[51] – indbyrdes fastsætter priser for deres patientydelser, omfattes denne aftale som udgangspunkt af forbuddet i konkurrencelovens § 6. Det samme gælder, hvis priserne fastsættes af en organisation, som lægerne er medlem af.

Forbuddet mod at fastsætte fælles priser for de praktiserende lægers ydelser rammer den situation, der kan opstå, hvis lægerne ikke har overenskomst med RLTN, men fortsætter med at praktisere og i den forbindelse foretager opkrævning af betaling hos patienterne. I den situation kan PLO ikke fastsætte ens priser for ens ydelser hos alle læger.

Umiddelbart gælder forbuddet i konkurrencelovens § 6 også for de priser, som PLO og RLTN forhandler sig frem til, og som siden bliver bindende, ikke bare for læger, der er medlem af PLO, men for alle, som leverer tilsvarende ydelser på markedet for lægeydelser. Denne betragtning er dog kun umiddelbar. Det følger nemlig af konkurrencelovens § 2, at loven ganske vist finder anvendelse på alle former for erhvervsvirksomhed og på støtte med offentlige midler til erhvervsvirksomhed, jf. stk. 1, men også, at reglerne i lovens kapitel 2 og 3 – det vil blandt andet sige forbuddet mod konkurrencebegrænsende samarbejde – ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. stk. 2.

I forbindelse med den konkurrenceretlige analyse af PLO's rolle som part i fastsættelse af priser for lægeydelser må man herefter undersøge, om der findes offentlig regulering, som direkte eller indirekte bestemmer den aktuelle konkurrencebegrænsning, med den konsekvens, at begrænsningen bliver undtaget fra konkurrencelovens § 6.

Det fremgår af sundhedslovens § 227, stk. 1, at RLTN skal indgå overenskomster »med organisationer af sundhedspersoner m.fl.«. Og selv om der i sundhedslovens § 227, stk. 5 og 6, er skabt hjemmel for at regionerne i begrænset omfang selv kan etablere praksis, fremgår det af forarbejderne til lovændringen, at regionerne opfylder myndighedsforpligtelsen i henhold til sundhedslovens § 60, jf. § 57, om at tilvejebringe tilbud om behandling hos alment praktiserende læger via den overenskomst, som er indgået imellem RLTN og PLO.[52] Samtidigt er det nødvendigt for systemets effektivitet, at RLTN's forhandlingspart kan binde sine medlemmer i forhold til det, der aftales med RLTN. Det må herefter være sådan, at den konkurrencebegræns-

[51] Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb omfatter alle typer af økonomisk og kommerciel virksomhed. Se om begrebet hos blandt andet Palle Bo Madsen, *Markedsret*, 5. udgave (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2006), 62ff. Bent Ole Gram Mortensen, *Dansk markedsret*, 3. udgave (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2011), 33.

[52] Lovforslag nr. 227 af 28. maj 2013, pkt. 3.2.1 om gældende ret.

ning, der er skitseret ovenfor, er af en sådan karakter, at den falder uden for konkurrencelovens anvendelsesområde.[53]

6. Perspektivering

Konflikten mellem regionerne og lægerne var naturligvis af stor relevans for de involverede parter. Lægerne, fordi det drejede sig om deres muligheder for at tilrettelægge deres virksomhed, og regionerne, fordi de gennem lovgivningen er forpligtede til at sikre, at borgerne har adgang til behandling hos praktiserende læger. Yderligere var der betydelig interesse i konfliktens udfald hos regeringen og Folketinget, som skulle varetage fordelingspolitiske prioriteringer.

Men konflikten rummer også mere generelle aspekter. Blandt disse er en række juridiske problemstillinger, af hvilke nogle centrale er behandlet i denne artikel.

Set ovenfra kan de problemstillinger, vi har behandlet, betragtes som afledt af den måde, man i Danmark har indrettet sig i relation til etablering af adgang til alment praktiserende læger. Ved at opbygge systemet omkring private virksomheder og kontraktindgåelse med disse skabes de formueretligheder, der fører til spørgsmålet om anvendelse af grundlovens § 73. Men modellen fører også til, at der, i konkurrenceretlig forstand, skabes et marked for lægeydelser, hvorved konkurrenceretten bliver relevant og kan være med til at sætte rammer for parternes ageren.

Konflikten er også et eksempel på, hvordan anvendelse af kontraktfiguren i forbindelse med varetagelse af velfærdsopgaver skaber komplicerede juridiske problemstillinger, hvor flere juridiske fagområder bliver aktuelle og i et vist omfang kommer i konkurrence med hinanden.

Den danske model har givet fordele frem for andre måder, hvorpå lægepraksis kan indrettes. Blandt andet tilsiger teorien bag markedsøkonomi og markedsretten, at etableringen af et marked med selvstændigt virkende erhvervsdrivende fremmer den økonomiske effektivitet. Men konflikten i 2013 viser, at der også er vanskeligheder knyttet til den danske måde at indrette sig på.

For lovgiver betyder anvendelse af kontraktindgåelse med selvstændige leverandører mindre styringsbeføjelser i forhold til opgavernes prioritering og udførelse, end hvis almen praksis var opbygget omkring læger ansat i det offentlige sundhedsvæsen. Dette kan give vanskeligheder i forhold til priori-

[53] Henset til at overenskomsten i nogle sammenhænge er blevet sidestillet med kollektive overenskomster om løn og arbejdsforhold, jf. U1987.1H, kan det overvejes, om konkurrencelovens § 3 kan finde anvendelse. Resultatet vil i givet fald blive det samme, som det der er redegjort for ovenfor. Om forholdet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten se Ruth Nielsen, »Kollektive overenskomster og konkurrenceretten«, *Ugeskrift for retsvæsen* 135, nr. 4 (2001): 27.

tering af knappe resurser, men også i forhold til eksempelvis udviklingspolitik. Foruden at der er knyttet juridiske udfordringer til anvendelsen af kontraktfiguren som grundlag for løsning af velfærdsopgaver, viser konflikten herved også, at det er problematisk at ville have både de fordele, der forbindes med markedsmodellen og maksimal styring.

I forhold til lægerne har konflikten vist, at den danske model betyder, at deres private virksomheder skal agere under en regulering, som i vid udstrækning opstiller rammer for driften og dermed for den private erhvervsdrivendes valg i forbindelse med erhvervsudøvelsen.

Kunsten at tjene to herrer

Om interessekonflikter i forhold til værdipapirhandlere og finansanalytikere

af

Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind

1. Indledning

»Ingen kan tjene to herrer. Han vil enten hade den ene og elske den anden eller holde sig til den ene og ringeagte den anden.« Således står der i Matthæusevangeliet, kapitel 6, vers 24, der udtrykker den konflikt, der ligger i at skulle varetage to parters modstridende interesser på samme tid.

Interessekonflikter kan forekomme i en lang række forskellige situationer og inden for en lang række forskellige brancher, hvor de involverede parter har modstående interesser. Et efterhånden velkendt eksempel er bankrådgiveren, der ikke yder uvildig finansiel rådgivning, der alene er i kundens interesse, men som oftest har en selvstændig interesse i, at kunden vælger en bestemt løsning – eller rettere et bestemt produkt.[1] Tillige kan nævnes den indbyggede interessekonflikt, der eksisterer i forhold til kreditvurderingsbureauer som følge af den såkaldte issuer pays-forretningsmodel, hvor bureauerne betales af de enheder, de kreditvurderer.[2]

I forhold til investeringsservice (værdipapirhandel) kan interessekonflikter bl.a. opstå, hvis værdipapirhandleren både har ansvar for at afsætte værdipapirer i et udbud til offentligheden og samtidig rådgiver kunder om de samme typer værdipapirer, eller hvis værdipapirhandleren eller dennes medarbejdere modtager præmiering ud over standardprovisionen i forbindelse med kundens handel.[3] I sådanne situationer vil værdipapirhandlerens interesser kunne være i strid med kundens. På samme måde vil en finans-

[1] For nærmere om interessekonflikter i banker, se bl.a. *Lars Gorton*, Intressekonflikter och finansiella marknader (red. *Gunnar Nord & Per Thorell*), 2006, s. 184 ff. og *samme*, Emner i kredit- og kapitalmarkedsretten (red. *Lennart Lynge Andersen*), 2004, s. 58 ff.

[2] For nærmere om interessekonflikter i kreditvurderingsbureauer, se bl.a. *Lynn Bai*, New York University Journal of Legislation and Public Policy, Vol. 13, 2010, s. 253 ff., *Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*, Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009 (red. *Hans Viggo Godsk Pedersen*), s. 145 ff.

[3] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, del 8.

analytikers forhold til den udsteder, der er genstand for analysen, kunne medføre en interessekonflikt.

I forhold til tidligere udbydes der i dag flere forskellige former for investeringsaktiviteter. Risikoen for interessekonflikter, der potentielt kan skade kundernes interesse, er derfor øget. Det samme gør sig imidlertid også gældende for så vidt angår reguleringen af interessekonflikter inden for området.

Indtil starten af 1990'erne var reguleringen af interessekonflikter i forhold til værdipapirhandel et nationalt anliggende, og forholdet var ikke genstand for en særlig omfattende regulering. Først med vedtagelsen af investeringsservicedirektivet (dir. 1993/22/EØF), der tog sigte på at harmonisere kravene for opnåelse af tilladelse til at udføre investeringsservice samt kravene til virksomhedsudøvelse, blev interessekonflikter reguleret på europæisk plan.

Det fulgte af direktivets art. 10, at hjemlandet skulle udarbejde regler indeholdende krav om, at investeringsselskaber skulle være opbygget og organiseret på en sådan måde, at risikoen for interessekonflikter, der kunne komme kunderne til skade, reduceredes til et minimum. Reglen vedrørte såvel interessekonflikter mellem selskabet og dets kunder som mellem selskabets kunder indbyrdes.

Den EU-retlige regulering af interessekonflikter øgedes med vedtagelsen af direktiv 2003/6/EF om insiderhandel og kursmanipulation (markedsmisbrugsdirektivet).[4] I relation til interessekonflikter fokuserer direktivet på forholdet omkring udfærdigelse og distribution af analyser vedrørende værdipapirer og udstedere samt kursmanipulation.

I 2004 erstattedes investeringsservicedirektivet af det såkaldte MiFID-direktiv (dir. 2004/39/EF). Med vedtagelsen heraf blev reguleringen af forskellige aspekter vedrørende interessekonflikter yderligere øget. Af betragtning 29 i direktivets præambel følger det, at:

»Det voksende antal forskellige aktiviteter, som mange investeringsselskaber udøver samtidig, har øget risikoen for interessekonflikter mellem disse forskellige aktiviteter og deres kunders interesser. Det er derfor nødvendigt at fastsætte bestemmelser, der sikrer, at sådanne konflikter ikke skader kunders interesser.«

Den EU-retlige regulering af interessekonflikter i relation til værdipapirhandel er implementeret i lov om finansiel virksomhed og værdipapirhandelsloven med tilknyttede bekendtgørelser.

Kendetegnende for reguleringen af interessekonflikter er, at visse dele af den har karakter af adfærdsregulering. Denne form for regulering vedrører

[4] I modsætning til investeringsservicedirektivet, der alene fandt anvendelse på investeringsselskaber, finder markedsmisbrugsdirektivet også anvendelse i forhold til andre personer, der udarbejder anbefalinger, fx uafhængige analyseinstitutter og kreditinstitutioner.

direkte forholdet mellem kunden og værdipapirhandleren og opstiller krav til værdipapirhandlerens adfærd over for kunderne, eksempelvis krav om oplysning om potentielle eller aktuelle interessekonflikter. Denne form for regulering er, i kombination med almindelige obligationsretlige regler og principper, central for beskyttelsen af den enkelte kunde eller investor i forbindelse med værdipapirhandlerens udøvelse af investeringsservice. Andre dele af reguleringen er derimod af mere strukturel karakter, idet den regulerer værdipapirhandlerens struktur og organisation og stiller krav om etablering af bestemte procedurer og interne retningslinjer. Det primære formål med denne form for regulering har, i kombination med et krav om myndighedsgodkendelse og -tilsyn, traditionelt været at sikre økonomisk og finansiel stabilitet. Dette forhindrer dog ikke denne del af reguleringen i tillige at have en (vis) investorbeskyttende effekt – om end mere indirekte.

I denne artikel behandles reguleringen af interessekonflikter i relation til to forskellige forhold (investeringsservice og investeringsanalyse). Reglernes karakter af adfærds- eller strukturregler diskuteres, ligesom deres samspil og investorbeskyttende betydning vurderes. Afsnit 2 vedrører reguleringen i forhold til værdipapirhandlere, mens finansanalytikere omtales i afsnit 3. Sanktioneringen af reglerne omtales i afsnit 4, mens konklusionen findes i afsnit 5.

2. Værdipapirhandlere

2.1. Strukturregulering

I lov om finansiel virksomheds (fil.) § 72 findes regler om værdipapirhandleres organisation. Bestemmelsens stk. 2 implementerer MiFID-direktivets art. 13 og 18, der indeholder regler om organisatoriske krav til værdipapirhandlere, herunder regler med henblik på at hindre interessekonflikter.

MiFID-direktivet anvender ikke betegnelsen *værdipapirhandler*, men bruger i stedet betegnelsen *investeringsselskab*. I direktivet defineres investeringsselskaber som selskaber, der erhvervsmæssigt yder én eller flere former for investeringsservice og/eller udfører én eller flere former for investeringsaktiviteter. I direktivets bilag 1, afsnit A er det nærmere defineret, hvad der i direktivet forstås ved investeringsservice og -aktiviteter.[5] En tilsvarende definition af værdipapirhandlere, som altså er den i Danmark anvendte betegnelse, findes i fil. § 9, stk. 1, jf. bilag 4, afsnit A.

[5] Ved investeringsservice og -aktiviteter forstås ifølge bilag 1, afsnit A følgende tjenesteydelser: 1) Modtagelse og formidling af ordrer vedrørende et eller flere finansielle instrumenter, 2) Udførelse af ordrer for kunders regning, 3) Handel for egen regning, 4) Porteføljepleje, 5) Investeringsrådgivning, 6) Afsætningsgaranti for finansielle instrumenter og/eller placering af finansielle instrumenter på grundlag af en fast forpligtelse, 7) Placering af finansielle instrumenter uden fast forpligtelse, 8) Drift af multilaterale handelsfaciliteter.

Finanstilsynet har med hjemmel i fil. § 72, stk. 5 udstedt bekendtgørelse nr. 428 af 9. maj 2007 om de organisatoriske krav til værdipapirhandlere, der indeholder uddybende regler på området. Bekendtgørelsen implementerer direktiv 2006/73/EF, der uddyber bestemmelserne i MiFID-direktivet for så vidt angår de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af investeringsselskaber. Til bekendtgørelsen er tillige udstedt en vejledning (nr. 10310 af 19. december 2007).

2.1.1. Lov om finansiel virksomhed § 72, stk. 1

Finansielle virksomheder, der har tilladelse til at drive værdipapirhandelsvirksomhed, skal ifølge fil. § 72, stk. 1 opfylde de generelle krav om administrative procedurer og forretningsgange, der følger af fil. § 71, stk. 1, og som gælder for alle finansielle virksomheder. Værdipapirhandlere skal således have effektive former for virksomhedsstyring, herunder »1) en klar organisatorisk struktur med en veldefineret, gennemskuelig og konsekvent ansvarsfordeling, 2) en god administrativ og regnskabsmæssig praksis, 3) skriftlige forretningsgange for alle de væsentlige aktivitetsområder, 4) effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som virksomheden er eller kan blive udsat for, 5) de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og hensigtsmæssig anvendelse af disse, *6) procedurer med henblik på adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter*,[6] 7) fyldestgørende interne kontrolprocedurer, 8) betryggende kontrol- og sikringsforanstaltninger på it-området og 9) en lønpolitik og -praksis, der er i overensstemmelse med og fremmer en sund og effektiv risikostyring.«[7]

En finansiel virksomhed med tilladelse til at drive værdipapirhandlervirksomhed skal endvidere træffe nødvendige forholdsregler for at sikre sammenhæng og regelmæssighed i virksomheden som værdipapirhandler, og der skal anvendes hensigtsmæssige ressourcer, systemer og procedurer hertil, jf. fil. § 72, stk. 1.

Bestemmelsen i fil. § 72, stk. 1 (§ 71) er et klassisk eksempel på en strukturregel, der vedrører virksomhedens interne forhold og ikke direkte berører kunderne.

2.1.2. Lov om finansiel virksomhed § 72, stk. 2, nr. 1

Af fil. § 72, stk. 2, nr. 1 fremgår, at værdipapirhandlere skal have passende regler og procedurer for transaktioner med de i bilag 5 nævnte instrumenter,

[6] Vor fremhævelse

[7] For nærmere om fil. § 71, se fx *Camilla Hørby Jensen m.fl.*, Bankjura – udvalgte emner, 2. udg. 2013, s. 107ff. og *Merete Hjetting m.fl.*, Lov om finansiel virksomhed med kommentarer, 2. udg. 2011, s. 334 ff.

som omfatter virksomhedens ledelse og ansatte.[8] Bestemmelsen fastsætter således de overordnede krav, der stilles til værdipapirhandlere i forbindelse med ledelsesmedlemmers og ansattes gennemførelse af personlige transaktioner, dvs. transaktioner for den pågældende person, der ikke udføres som en del af personens arbejde for en værdipapirhandler.[9] Formålet med reglen er at forebygge misbrug og spredning af intern viden samt insiderhandel.[10] Bestemmelsen bør i øvrigt ses i sammenhæng med værdipapirhandelslovens krav om interne regler til forebyggelse af insiderhandel og videregivelse af intern viden, jf. vphl. § 37.

Reglen i fil. § 72, stk. 2, nr. 1 uddybes i § 7 i ovennævnte bekendtgørelse om organisatoriske krav. Af dennes stk. 1 fremgår, at en værdipapirhandler skal have ordninger med henblik på at forhindre nogle nærmere opregnede situationer, såfremt relevante personer er involveret i aktiviteter, der kan medføre interessekonflikter, eller har adgang til intern viden vedrørende kunder eller transaktioner.[11]

Bestemmelsen omfatter ikke kun personer, der er involveret i aktiviteter, der aktuelt indebærer interessekonflikter. Blot det forhold, at stillingen eller opgaverne indebærer, at der potentielt kan foreligge en interessekonflikt, medfører, at disse personer vil være omfattet af reglen.[12] Ansvaret for at vurdere, om der kan foreligge en interessekonflikt, påhviler altid værdipapirhandlerens ledelse,[13] dvs. at en del af den persongruppe (ledelsen), som bestemmelsen omhandler, selv skal vurdere, hvorvidt der foreligger en situation, som indebærer, at bestemmelsen aktualiseres, og hvorved ledelsesmedlemmernes dispositionsmuligheder begrænses. Dette forhold synes i sig selv at indebære en interessekonflikt. Værdipapirhandlerens compliancefunktion og Finanstilsynets virksomhed må formodes at kunne opveje dette forhold.

De situationer, der skal forhindres med de nævnte ordninger, er følgende:

- *§ 7, stk. 1, nr. 1*: at den relevante person foretager en personlig transaktion, a) som personen har forbud mod at foretage, jf. vphl. kapitel 10,[14] b)

[8] De instrumenter, der nævnes i bilag 5, er fx aktier, obligationer, pengemarkedsinstrumenter, andele i kollektive investeringsordninger omfattet af lov om investeringsforeninger, optioner, futures og swaps.

[9] Jf. lovforslag nr. 20 af 4. oktober 2006, bemærkningerne til § 3, nr. 30.

[10] Jf. lovforslag nr. 20 af 4. oktober 2006, bemærkningerne til § 3, nr. 30.

[11] »Relevante personer« omfatter bl.a. bestyrelses- og direktionsmedlemmer samt ansatte, der er involveret i levering af investeringsservice, jf. § 2, nr. 1, litra a-b. § 7 implementerer art. 12 i direktiv 2006/73/EF.

[12] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt. 31.

[13] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt. 31.

[14] Værdipapirhandelslovens kapitel 10 regulerer misbrug af intern viden, kursmanipulation og foranstaltninger til modvirkning af markedsmisbrug.

som indebærer misbrug eller uretmæssig videregivelse af fortrolige oplysninger,[15] og c) som kan være i strid med forpligtelser som værdipapirhandleren har ifølge lov om finansiel virksomhed, værdipapirhandelsloven samt Kommissionens forordning 1287/2006.[16]

- *§ 7, stk. 1, nr. 2*: at den relevante person rådgiver eller tilskynder en person til at foretage en transaktion, der ville være omfattet af nr. 1 eller bekendtgørelsens § 18, stk. 2 og 3,[17] såfremt der var tale om en personlig transaktion for den relevante person.[18]
- *§ 7, stk. 1, nr. 3*: at den relevante person meddeler oplysninger eller synspunkter til en person, hvis den relevante person ved eller med rimelighed burde vide, at den anden person – som følge af meddelelsen fra den relevante person – vil eller kan antages at ville foretage transaktioner med finansielle instrumenter omfattet af nr. 1 eller § 18, stk. 2 og 3, såfremt der var tale om en personlig transaktion for den relevante person, eller den anden person vil eller kan antages at ville rådgive eller tilskynde en anden person til at foretage en sådan transaktion.[19]

Reglen i § 7 vedrører både relevante personers egne transaktioner, men i visse situationer også rådgivning, tilskyndelse eller hjælp til andre personer med henblik på disses gennemførelse af en transaktion med finansielle instrumenter. Herved skal værdipapirhandlerens ordninger ikke blot have til formål at forhindre de relevante personers personlige transaktioner, men også disse personers bestemte former for ageren i forhold til andre personer.

De ordninger, der skal forhindre ovennævnte situationer, skal udformes, så det sikres, at ledelsesmedlemmer og ansatte (relevante personer) er bekendt med begrænsningerne i forbindelse med udførelse af personlige transaktioner og med de foranstaltninger, som værdipapirhandleren har indført, jf. § 7, stk. 3, nr. 1. Ordningerne skal endvidere udformes, så det sikres, at værdipapirhandleren omgående underrettes om eller er i stand til at identifi-

[15] Værdipapirhandelslovens kapitel 10 omfatter kun værdipapirer, der handles på et reguleret marked eller en alternativ handelsplads, samt værdipapirer knyttet til sådanne, jf. vphl. § 34 og 39 a. Litra a omfatter således kun transaktioner med sådanne værdipapirer. Da bekendtgørelsen imidlertid omfatter alle finansielle instrumenter omfattet af bilag 5 i lov om finansiel virksomhed supplerer litra b derfor værdipapirhandelslovens bestemmelser om intern viden, jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 31.

[16] Litra c er en generalbestemmelse, der skal sikre, at relevante personers transaktioner ikke hindrer værdipapirhandleren i at overholde dennes forpligtelser efter fil. §§ 43, 71 og 72, vphl. kapitel 9 og 11 b samt bestemmelser udstedt i medfør af disse, jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 32.

[17] Bekendtgørelsens § 18 regulerer investeringsanalyser, jf. nærmere nedenfor i afsnit 3.

[18] § 7, stk. 1, nr. 2 finder ikke anvendelse, hvis en handling som nævnt i bestemmelsen sker som led i en korrekt udførelse af den pågældendes erhverv, jf. § 7, stk. 2.

[19] § 7, stk. 1, nr. 3 finder ikke anvendelse, hvis en handling som nævnt i bestemmelsen sker som led i en korrekt udførelse af den pågældendes erhverv, jf. § 7, stk. 2.

cere personlige transaktioner, som en relevant person foretager, jf. stk. 3, nr. 2. Slutteligt skal ordningerne medvirke til at sikre, at der føres en journal over personlige transaktioner, som værdipapirhandleren har modtaget underretning om eller har identificeret, herunder enhver tilladelse eller ethvert forbud vedrørende personlige transaktioner, jf. stk. 3, nr. 3.[20]

I forlængelse af fil. § 72, stk. 2, nr. 1 bør værdipapirhandelslovens § 28 a nævnes. Ifølge dennes stk. 1 skal ledende medarbejdere i selskaber, der udsteder aktier, der er optaget til handel på et reguleret marked, eller for hvilke der er indgivet anmodning om optagelse til handel på et sådant marked, give det udstedende selskab meddelelse om transaktioner, som de udfører for egen regning, og som vedrører selskabets aktier eller andre værdipapirer, som er knyttet til sådanne aktier.[21] Meddelelsespligt indtræder, såfremt kursværdierne af de transaktioner, der i løbet af et kalenderår er gennemført af den ledende medarbejder og af nærtstående personer til den pågældende ledende medarbejder, tilsammen udgør et beløb på 5.000 euro eller derover, jf. stk. 6. Efter modtagelsen af en meddelelse fra en ledende medarbejder skal det udstedende selskab indberette de modtagne oplysninger til Finanstilsynet, der herefter offentliggør disse oplysninger, jf. stk. 5.

Selvom denne bestemmelse må betragtes som en strukturregel, idet den alene vedrører interne forhold hos værdipapirhandleren og ikke forholdet til kunderne, ligger der alligevel en beskyttelse af kunderne heri. Med denne bestemmelse beskyttes kunden således mod at blive misbrugt af relevante personer som et led i disses forsøg på at omgå reglerne om misbrug af intern viden og kursmanipulation.

2.1.3. Lov om finansiel virksomhed § 72, stk. 2, nr. 2

Ifølge første del af fil. § 72, stk. 2, nr. 2 skal en værdipapirhandler:

»kunne påvise interessekonflikter, som kan skade kundernes interesser, både mellem værdipapirhandlerens kunder indbyrdes og mellem kunderne og værdipapirhandleren og begrænse disse interessekonflikter mest muligt, samt [...].«

Bestemmelsen indebærer, at værdipapirhandleren har pligt til at have organisatoriske ordninger, der sikrer, at det er muligt at påvise og begrænse interessekonflikter. Værdipapirhandlere har således pligt til, via indretningen af virksomheden, at identificere og minimere potentielle interessekonflikter,

[20] Ifølge § 7, stk. 4 er nogle enkelte typer personlige transaktioner undtaget fra reglerne i stk. 1-3.

[21] Ved ledende medarbejdere forstås ifølge vphl. § 28 a, stk. 2 medlemmer af det udstedende selskabs direktion, bestyrelse eller tilsynsråd eller et tilsynsorgan tilknyttet selskabet, eller andre ledende medarbejdere i det udstedende selskab, som regelmæssigt har adgang til intern viden, som direkte eller indirekte vedrører udstederen, såfremt den pågældende ledende medarbejder har kompetence til at træffe ledelsesbeslutninger af overordnet betydning for udstederens fremtidige forretningsmæssige udvikling.

der kan skade kunders interesser. Dette må ske ud fra analyser af de produkter og serviceydelser, som kunderne tilbydes. Forekomsten af mulige interessekonflikter vil derfor afhænge af den enkelte værdipapirhandlers aktivitetsområde.[22]

I § 16 i bekendtgørelsen om organisatoriske krav uddybes kravene i fil. § 72, stk. 2, nr. 2 vedrørende værdipapirhandlerens pligt til at have organisatoriske ordninger til påvisning og minimering af interessekonflikter.

I § 16, stk. 1 gentages værdipapirhandlerens forpligtelse i fil. § 72 til at identificere de interessekonflikter, der kan være til skade for en kunde. I bestemmelsen præciseres det, at denne forpligtelse gælder såvel i forhold til interessekonflikter, som opstår ved ydelse af investeringsservice, som ved levering af accessoriske tjenesteydelser eller en kombination heraf.

> Med henblik på at identificere eventulle interessekonflikter skal værdipapirhandleren ifølge vejledningen til bekendtgørelsen tage stilling til, om a) selskabet eller den pågældende person vil kunne opnå en finansiel gevinst eller undgå et finansielt tab på bekostning af kunden, b) selskabet eller den pågældende person har en anden interesse end kunden i resultatet af en tjenesteydelse, der leveres til kunden, eller af en transaktion, der gennemføres på kundens vegne, c) selskabet eller den pågældende person har et finansielt eller andet incitament til at sætte en anden kundes eller kundegruppes interesser over kundens interesser, d) selskabet eller den pågældende person udfører samme type forretninger som kunden, eller e) selskabet eller den pågældende person modtager eller vil af en anden person end kunden modtage et incitament i forbindelse med en tjenesteydelse, der leveres til kunden, i form af et pengebeløb, varer eller tjenesteydelser ud over standardprovisionen eller -vederlaget for den pågældende tjenesteydelse.[23]

Selvom pligten til at have organisatoriske ordninger til påvisning og minimering af interessekonflikter, ligesom de foregående regler må betegnes som en strukturregel, synes det umiddelbare formål med bestemmelsen at være beskyttelse af kunderne. Der synes således også her at være tale om en strukturregel med et direkte investorbeskyttende sigte.

Værdipapirhandlere skal ifølge bekendtgørelsens § 16, stk. 2 have en skriftlig politik vedrørende interessekonflikter, der er hensigtsmæssig henset til værdipapirhandlerens aktivitetsområde og omfang, dvs. størrelse og organisation samt arten, omfanget og sammensætningen af værdipapirhandlerens forretninger.

I forbindelse med udformningen af politikken, herunder identifikationen af de forhold, der udgør eller kan føre til en interessekonflikt, skal værdipapirhandleren være særlig opmærksom på følgende aktiviteter: Investeringsanalyser, investeringsrådgivning, egenhandel, selskabsfinansiering og porte-

[22] Jf. lovforslag nr. 20 af 4. oktober 2006, bemærkningerne til § 3, nr. 30.

[23] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 45, der implementerer artikel 21, stk. 1 i direktiv 2006/73/EF.

føljepleje. Især hvis selskabet udfører en kombination af to eller flere af de nævnte aktiviteter, vil interessekonflikter kunne aktualiseres.[24] Indgår værdipapirhandleren i en koncern, skal der i politikken tages hensyn til forhold, der, som følge af struktur og forretningsaktiviteter i koncernens andre selskaber, kan føre til interessekonflikter, jf. bekendtgørelsens § 16, stk. 3.

Den skriftlige politik skal ifølge § 16, stk. 4, nr. 1 for det første identificere, hvilke forhold der udgør eller kan føre til en interessekonflikt, som medfører en væsentlig risiko for, at en eller flere kunders interesser skades. Vejledningen nævner en række situationer, hvor der altid vil foreligge en interessekonflikt,[25] samt en række forhold, der potentielt kan være udtryk for interessekonflikter, og en række situationer, hvor interessekonflikter vil kunne opstå.[26]

Ifølge § 16, stk. 4, nr. 2 skal interessekonfliktpolitikken for det andet fastsætte procedurer og foranstaltninger til håndtering af sådanne konflikter. Ifølge stk. 5 skal disse procedurer og foranstaltninger sikre, at relevante personer, der udfører forretningsaktiviteter, der indebærer en interessekonflikt, udfører aktiviteterne med uafhængighed. De påkrævede procedurer og foranstaltninger og graden af uafhængighed skal være passende i forhold til størrelsen af værdipapirhandlerens virksomhed og evt. den koncern, værdipapirhandleren tilhører, værdipapirhandlerens aktiviteter samt risikoen for at skade kundens interesser.

Vejledningen til bekendtgørelsen nævner følgende eksempler på foranstaltninger til imødegåelse af interessekonflikter: Instrukser, Chinese Walls,[27] intern kontrol af udførte handler, forretningsgange for udførelse af handler og forbud mod visse handler.[28] Derudover nævner direktiv 2006/73/EF også en række foranstaltninger til håndtering af interessekonflikter, bl.a. kontrol med udveksling af oplysninger mellem relevante personer samt særskilt tilsyn med relevante personer, jf. art. 22, stk. 3. Det vil være individuelt, hvornår de enkelte foranstaltninger vil være tilstrækkelige til at opfylde lovens krav.[29]

[24] Jf. betragtning 26 i præamblen til direktiv 2006/73/EF.

[25] Der vil altid foreligge en interessekonflikt, 1) hvis en part kan få fordel ved at kende en anden parts dispositioner, 2) hvis en part kan få fordel ved at påvirke en anden parts dispositioner, 3) hvis en part kan tilgodese sig selv på bekostning af en anden part, eller 4) hvis en tredjepart kan tilgodese den ene af to andre parter på bekostning af en anden, jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 44.

[26] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 45.

[27] For nærmere om Chinese Walls, se bl.a. *Norman S. Poser*, Conflicts of Interest within Securities Firms, Brooklyn Journal of International Law, vol. 16, 1990.

[28] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 46.

[29] Jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 46.

Det er værdipapirhandlerens ansvar, at de nævnte procedurer og foranstaltninger er tilstrækkelige med henblik på at opfylde reglerne, herunder at sikre den nødvendige grad af uafhængighed. Er det ikke tilfældet, kan Finanstilsynet kræve, at værdipapirhandleren fastsætter alternative eller supplerende foranstaltninger eller procedurer, jf. bekendtgørelsens § 16, stk. 6.

Forpligtelsen til at have en interessekonfliktpolitik er et klart udtryk for stukturregulering. Det kan anføres, at selve identifikationen af potentielt skadevoldende interessekonflikter ikke i sig selv giver kunden nogen større beskyttelse. Dette vil dog være første led i at forhindre, at kundens interesser skades. Den egentlige investorbeskyttelse ligger i pligten til at fastsætte procedurer til at håndtere og minimere interessekonflikterne.

Selvom formålet med at stille krav om en interessekonfliktpolitik er at beskytte kunderne/investorerne, vil vedtagelsen af en sådan formel politik dog ikke i sig selv forbedre interessekonfliktstyringen i en virksomhed. For at sikre kundernes interesser skal politikken implementeres, kontrolleres/overvåges, håndhæves og løbende evalueres. Selve vedtagelsen af politikken er således ikke i sig selv nok til at beskytte investorerne.

En værdipapirhandler skal endvidere føre fortegnelser over de typer af investeringsservice, accessoriske tjenesteydelser eller investeringsaktiviteter, hvor der er opstået eller kan opstå en interessekonflikt, som medfører en væsentlig risiko for at skade værdipapirhandlerens kunders interesser, jf. § 16, stk. 7.

Også reglen i § 16, stk. 7 er en strukturregel, der på trods heraf dog synes at have en vis indirekte investorbeskyttende effekt. Fortegnelser over aktuelle og potentielle interessekonfliktudløsende services og aktiviteter kan medvirke til at øge værdipapirhandlerens bevidsthed om baggrunden for interessekonflikter og om, hvilke situationer og aktiviteter der kan medføre sådanne konflikter. Dette vil formentlig også bidrage til bevidstheden om, hvilke konsekvenser interessekonflikter kan have for kunderne. En sådan fortegnelse vil samtidig give virksomhedens compliance funktion og dermed ledelsen et grundlag for at vurdere, om virksomhedens procedurer og foranstaltninger resulterer i en tilstrækkelig effektiv konfliktstyring, og dermed om reglerne reelt efterleves.[30]

Det skal i forlængelse af ovenstående bemærkes, at opfyldelsen af reguleringen vedrørende interessekonflikter også har betydning for muligheden for at anvende execution only. Ifølge investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 19, stk. 1, nr. 4 er det således en betingelse for anvendelsen af execution only, at værdipapirhandleren opfylder de forpligtelser i relation til interessekonflikter, der følger af fil. § 72, stk. 2, nr. 2 og bekendtgørelsen om organisatoriske krav.

[30] Se nærmere *Jean-Pierre Casey og Karel Lannoo*, The MiFID Revolution, 2009, s. 110 ff.

2.2. Adfærdsregulering

Selvom størstedelen af reguleringen vedrørende interessekonflikter i relation til værdipapirhandlere er af strukturel karakter, findes der dog også enkelte adfærdsregler.

2.2.1. Oplysning om interessekonflikt

Anden del af bestemmelsen i fil. § 72, stk. 2, nr. 2 lyder som følger:

»[...] samt, hvor der er risiko for, at kundernes interesse skades, i det konkrete tilfælde informere kunden om interessekonflikternes generelle indhold, inden der indgås aftale med kunden.«

Denne del af bestemmelsen medfører en oplysningsforpligtelse for værdipapirhandlere, såfremt de organisatoriske ordninger, der er indført med henblik på at styre interessekonflikter, ikke er tilstrækkelige til at hindre en risiko for, at kundernes interesse skades. I så fald skal kunden oplyses om interessekonfliktens generelle indhold, inden der indgås aftale med vedkommende.

Af art. 22, stk. 4 i direktiv 2006/73/EF følger det, at informationen skal gives på et varigt medium og skal omfatte tilstrækkelige enkeltheder til, at kunden kan træffe en informeret beslutning vedrørende den investeringsservice eller accessoriske tjenesteydelse, i relation til hvilken interessekonflikten består.

Med denne bestemmelse søger man via en oplysningsforpligtelse at kompensere for det forhold, at risikoen for, at interessekonflikter opstår, og risikoen for, at kundernes interesser skades som følge heraf, ikke kan elimineres. Bestemmelsen er dog alene et supplement til ovennævnte strukturregel i bestemmelsens første del, idet det ikke er tilladt i for høj grad at forlade sig på oplysningsforpligtelsen uden at tage passende hensyn til, hvordan interessekonflikter kan håndteres på en hensigtsmæssig måde. Oplysningsforpligtelsen fritager således ikke værdipapirhandleren for pligten til effektivt at opretholde og anvende de krævede organisatoriske og administrative ordninger.[31]

Denne bestemmelse må karakteriseres som en adfærdsregel, der direkte vedrører forholdet mellem værdipapirhandleren og kunden. Den oplysningspligt, der følger af reglen, indebærer en direkte investorbeskyttelse, idet den medfører, at investorerne har mulighed for at medtage interessekonfliktaspektet i deres investeringsovervejelser, og deres beslutningsgrundlag synes derfor umiddelbart – såfremt andre regler indeholdende oplysningsfor-

[31] Jf. betragtning 27 i præamblen til direktiv 2006/73/EF.

pligtelser efterleves – at være tilstrækkeligt til at kunne træffe en velovervejet beslutning.

2.2.2. Oplysning om interessekonfliktpolitik

Ifølge investorbeskyttelsesbekendtgørelsen (bkg. nr. 984 af 6. august 2013) § 11, stk. 1, nr. 6 skal en værdipapirhandler, når det er relevant, give detailkunder en beskrivelse af værdipapirhandlerens politik vedrørende interessekonflikter. Hvis oplysningerne gives i summarisk form, skal værdipapirhandleren på kundens anmodning give detaljerede oplysninger herom.

Hermed opnår kunden kendskab til omfanget og karakteren af værdipapirhandlerens indsats for at imødegå interessekonflikter og kan inddrage denne viden i vurderingen af henholdsvis værdipapirhandleren og i vurderingen af de oplysninger, som vedkommende måtte modtage i henhold til fil. § 72, stk. 2, nr. 2, 2. del, som omtalt ovenfor i afsnit 2.2.1. Heri ligger også en vis beskyttelse af kunden, om end den måske ikke kan anses som lige så effektiv som den, der følger af værdipapirhandlerens pligt til efter fil. § 72, stk. 2, nr. 2, 2. del at oplyse om de enkelte konkrete interessekonflikter.

3. Finansanalytikere

Finansanalytikere analyserer virksomheder med henblik på at evaluere udstedte værdipapirer og estimere deres værdi som investeringsobjekt. Investeringsanalyser spiller en ikke uvæsentlig rolle som grundlag for investorers investeringsbeslutninger samt i forbindelse med investeringsrådgivning på baggrund heraf.

Investeringsanalyser indeholdende anbefalinger vedrørende værdipapirer kan påvirke kursen væsentligt på det konkrete værdipapir – samt i et vist omfang også kursen på andre værdipapirer, da en udsteders eventuelle problemer eller potentiale kan være en indikator for andre udstederes udfordringer og/eller potentiale.

Principielt er finansanalytikere uafhængige. Finansanalytikere vil imidlertid kunne opleve forskellige potentielle interessekonflikter, hvor de påvirkes af interesser, der er i modstrid med interesserne hos analysens primære målgruppe – investorerne. Udstederne, analytikerens arbejdsgiver og eventuelt analytikeren selv vil således kunne have egne divergerende interesser i en analyses resultat. Sådanne interessekonflikter vil kunne forringe analytikeres objektivitet og dermed resultatet af deres investeringsanalyser.

Som eksempler på konflikter mellem potentielle interesser kan nævnes dem, der forekommer mellem på den ene side mulige investorers interesser i at investere i »de rigtige« papirer over for udstederes interesser i at afsætte deres værdipapirer og fremskaffe finansiering og den analyserende virksomheds interesse i at gøre forretninger med udstederne på den anden

side. Den analyserende virksomheds egenbeholdning og egenhandel samt finansanalytikerens egenbeholdning vil ligeledes kunne medføre en interessekonflikt i forhold til investorernes interesser.

Investeringsanalyser er primært reguleret i værdipapirhandelslovens § 28 b og den med hjemmel heri udstedte bekendtgørelse nr. 1234 af 22. oktober 2007 om udarbejdelse og udbredelse til offentligheden af visse investeringsanalyser (investeringsanalysebekendtgørelsen). Heri reguleres kravene til udarbejdelse og fremlæggelse af analyser nærmere. Kravene til finansanalytikerne i investeringsanalysebekendtgørelsen afhænger af, om vedkommende selv har udarbejdet og selv fremlægger analyserne (bekendtgørelsens kap. 2), eller om der er tale om udbredelse af analyser udarbejdet af tredjemand (bekendtgørelsens kap. 3).

3.1. Strukturregulering

3.1.1. Skriftlige retningslinjer

Af investeringsanalysebekendtgørelsens § 14, stk. 3 fremgår, at i situationer, hvor juridiske personer udbreder ændrede analyser, der oprindeligt er udarbejdet af en tredjemand, da skal disse personer have skriftlige retningslinjer, der sikrer, at modtagere af de ændrede analyser kan blive henvist til et sted, hvor de kan få adgang til nogle nærmere opregnede oplysninger om bl.a. interesser og interessekonflikter for den tredjemand, der oprindeligt har udarbejdet analysen.

Denne strukturregel minder om den i afsnit 2.1.3 nævnte pligt i § 16, stk. 2-5 i bekendtgørelsen om organisatoriske krav til at have en interessekonfliktpolitik. Det i dette afsnit anførte vedrørende den investorbeskyttende betydning af § 16 gør sig derfor også gældende for så vidt angår investeringsanalysebekendtgørelsens § 14, stk. 3.

3.1.2. Nødvendige procedurer og foranstaltninger

Foruden reguleringen i vphl. § 28 b, der omtales nærmere nedenfor i afsnit 3.2, og investeringsanalysebekendtgørelsen reguleres investeringsanalyser også i den ovennævnte bekendtgørelse om organisatoriske krav (bkg. nr. 428 af 19. december 2007).

At investeringsanalyser også reguleres af bekendtgørelsen om organisatoriske krav hænger sammen med, at investeringsanalyser og finansielle analyser eller andre former for generelle anbefalinger vedrørende transaktioner med finansielle instrumenter ifølge MiFID-direktivets bilag 1, afnit B anses som en accessorisk tjenesteydelse, der kan udøves af investeringsselskaber (værdipapirhandlere). Investeringsanalyser er således også omfattet af reguleringen i

MiFID og dermed også af de danske regler, der implementerer dette regelsæt.[32] Mens markedsmisbrugsdirektivet i relation til interessekonflikter fokuserer på udfærdigelsen og distributionen af investeringsanalyserne samt kursmanipulation og oplysningsforpligtelsen i relation hertil, vedrører reguleringen i MiFID særligt gennemførelsen af procedurer og foranstaltninger til håndtering af interessekonflikter.[33]

Af denne bekendtgørelse følger det, at udarbejder en værdipapirhandler investeringsanalyser, eller får vedkommende udarbejdet sådanne analyser af andre, og er det sandsynligt, at investeringsanalysen vil blive videreformidlet til værdipapirhandlerens kunder eller til offentligheden, da skal værdipapirhandleren sørge for, at der fastsættes bestemte procedurer og foranstaltninger. Disse skal sikre, at de finansanalytikere, der er involveret i udarbejdelsen af analysen,[34] og som måtte befinde sig i en interessekonflikt i forhold til de personer, som analysen videreformidles til, udfører deres arbejde med den nødvendige grad af uafhængighed, jf. § 18, stk. 1, der henviser til bekendtgørelsens § 16, stk. 5.[35]

3.1.3. Forbud mod præmiering

Finansanalytikere må ifølge § 18, stk. 4 i bekendtgørelsen om organisatoriske krav ikke modtage præmiering fra personer, der har væsentlige interesser i investeringsanalysens emne.

Rubriceringen af denne bestemmelse som enten struktur- eller adfærdsregel synes ikke ganske oplagt. Der synes ikke at være tale om en situation, der direkte vedrører interne forhold hos finansanalytikeren. Omvendt synes reglen heller ikke direkte at vedrøre finansanalytikerens adfærd over for investorerne. Uanset hvilken etikette, der sættes på bestemmelsen, medvirker den til at beskytte investorerne, idet den hindrer, at finansanalytikeren i sit analysearbejde styres af økonomiske incitamenter. Dermed medvirker bestemmelsen til at sikre, at investeringsanalyserne er objektive og dermed af værdi som grundlag for investorernes investeringsovervejelser.

[32] For så vidt angår MiFID-direktivets regler om interessekonflikter i relation til investeringsanalyser, reguleres disse nærmere og mere specifikt i direktiv 2006/73/EF om gennemførelse af direktiv 2004/39/EF for så vidt angår de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af investeringsselskaber.

[33] Se nærmere *David Moalem*, Nye oplysningskrav ved investeringsanalyser, Revision & Regnskabsvæsen 7/2005, og *samme* Nye regler for finansanalytikere, Finans/Invest 4/2005.

[34] Med en involveret finansanalytiker menes en finansanalytiker, der til analysen bidrager med væsentlige informationer, bidrager med økonomiske eller andre beregninger, bidrager med vurderinger, bidrager med at skrive afsnit af analysen og/eller godkender eller kontrollerer hele dele af analysen, jf. vejledning nr. 10310 af 19. december 2007, punkt 51.

[35] For så vidt angår spørgsmålet om bestemmelsens investorbeskyttende betydning henvises til det i afsnit 2.1.3 anførte.

3.2. Adfærdsregulering

I værdipapirhandelslovens § 28 b findes en regel om, at fremlæggelse og udbredelse af anbefalinger skal ske på en redelig og gennemskuelig måde. Bestemmelsen implementerer art. 6, stk. 5 i direktiv 2003/6/EF om insiderhandel og kursmanipulation (markedsmisbrugsdirektivet).

Vphl. § 28 b, stk. 1 opstiller to overordnede krav – krav til anbefalingernes fremlæggelse og krav om oplysning om eventuelle interessekonflikter. Det følger således af bestemmelsen, at enhver fysisk eller juridisk person, der erhvervsmæssigt udarbejder eller udbreder anbefalinger til offentligheden eller til distributionskanaler vedrørende værdipapirer eller værdipapirudstedere skal sikre, at fremlæggelse og udbredelse af disse anbefalinger sker på en redelig måde. Samtidig skal der oplyses om eventuelle interesser eller interessekonflikter i forhold til de værdipapirer eller den udsteder, som anbefalingen vedrører.

Vphl. § 28 b finder kun anvendelse på investeringsanalyser, der indeholder en anbefaling vedrørende et eller flere værdipapirer.[36] Bestemmelsen finder således ikke anvendelse på generelle udtalelser vedrørende det fordelagtige i at investere i bestemte sektorer eller typer af værdipapirer, når der ikke samtidig direkte eller indirekte anbefales et køb eller et salg af et bestemt værdipapir.[37]

Anbefalinger defineres i investeringsanalysebekendtgørelsens § 2, nr. 9 som analyser eller andre oplysninger til distributionskanaler eller til offentligheden med eksplicitte eller implicitte anbefalinger eller forslag vedrørende en investeringsstrategi for et eller flere værdipapirer eller for udstedere af værdipairer, herunder udtalelser om sådanne værdipapirers nuværende eller fremtidige værdi eller kurs. Selve formen for analysen og anbefalingen er ikke afgørende i denne forbindelse. Det kan således ske i en rapport, i en artikel eller i andet form for informationsmateriale. Det er ligeledes uden betydning, om anbefalingen fremsættes skriftligt eller mundtligt.[38]

Vphl. § 28 b finder endvidere kun anvendelse, hvis analysen er beregnet til udbredelse til enten offentligheden eller til en bredere kreds af investorer gennem brug af distributionskanaler.

Distributionskanaler defineres i investeringsanalysebekendtgørelsens § 2, nr. 2 som en kanal, igennem hvilken oplysninger bliver offentligt tilgængelige eller sandsynligvis vil blive offentligt tilgængelige, idet oplysningerne gøres tilgængelige for et stort antal personer. Det vil sige, at en personlig anbefaling til en kunde (investeringsrådgivning) vedrørende køb el-

[36] Indeholder en analyse ord som »køb«, »sælg« eller »hold« anses analysen for at indeholde en anbefaling, jf. lovforslag nr. 13 af 6. oktober 2004, bemærkningerne til § 1, nr. 15.
[37] Jf. lovforslag nr. 13 af 6. oktober 2004, bemærkningerne til § 1, nr. 15.
[38] Jf. *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten II, 4. udg. 2011, s. 272.

ler salg af værdipapirer ikke er omfattet af kravene i § 28 b.[39] Beskyttelsen af kunden i sådanne situationer ville skulle ske via investorbeskyttelsesbekendtgørelsen samt de almindelige obligationsretlige regler, der dog formentlig i et vist omfang vil blive påvirket af indholdet i vphl. § 28 b.[40]

Endelig finder vphl. § 28 b kun anvendelse på personer, der udarbejder eller udbreder analyser som led i udøvelsen af deres erhverv eller som led i deres forretning. Private personers fremsættelse af anbefalinger, der fx offentliggøres på en hjemmeside, er ikke omfattet af reguleringen i § 28 b.[41]

3.2.1. Fremlæggelse af egne investeringsanalyser

En person, der fremlægger en analyse, skal, ifølge investeringsanalysebekendtgørelsens § 5, stk. 1, sikre, at der i analysen er oplyst om alle forbindelser og forhold, der med rimelighed kan forventes at påvirke analysens objektivitet – herunder 1) hvis personen har betydelige finansielle interesser i et eller flere af de værdipapirer, som analysen vedrører, eller 2) hvis personen har betydelige interessekonflikter i forhold til den udsteder, som analysen vedrører.

Er finansanalytikeren en juridisk person, hvilket normalt er tilfældet, er oplysningspligten skærpet. I sådanne tilfælde omfatter oplysningspligten ifølge stk. 1 således tillige interesser og interessekonflikter hos en person, der arbejder for finansanalytikeren, og som har været involveret i udarbejdelsen af analysen, jf. stk. 2. Endvidere skal de forhold, der oplyses om i analysen, jf. stk. 1, som minimum omfatte interesser eller interessekonflikter hos den ansvarlige juridiske person eller dennes nærtstående juridiske person, såfremt 1) at disse oplysninger var tilgængelige for eller med rimelighed kunne forventes at have været tilgængelige for fysiske personer, der var involveret i udarbejdelsen af analysen, eller 2) at disse oplysninger var tilgængelige for andre fysiske personer, som, uanset at de ikke var involveret i udarbejdelsen af analysen, havde eller med rimelighed kunne forventes at have haft adgang til analysen, inden den blev udbredt til kunder eller offentligheden, jf. stk. 3.

Ved beslutning af 15. august 2011 besluttede Finanstilsynet at politianmelde Nordea Bank Danmark A/S for overtrædelse af investeringsanalysebekendtgørelsens § 5, stk. 3 ved ikke at

[39] Jf. også investeringsanalysebekendtgørelsen § 1, stk. 2 samt lovforslag nr. 13 af 6. oktober 2004, bemærkningerne til § 1, nr. 15.

[40] *Jesper Lau Hansen*, Værdipapirhandelsloven med kommentarer, bind 2, 9. udg. 2013, s 249.

[41] Jf. lovforslag nr. 13 af 6. oktober 2004, bemærkningerne til § 1, nr. 15, *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten II, 4. udg. 2011, s. 271 f. og *Jesper Lau Hansen*, Værdipapirhandelsloven med kommentarer, bind 2, 9. udg. 2013, s. 248.

have oplyst om selskabets indirekte ejerskab i Pandora A/S i forbindelse med fremlæggelsen af en investeringsanalyse om Pandora A/S.[42]

Ifølge § 5, stk. 4 medfører reglerne i stk. 1-3 ikke nogen forpligtelse til at bryde effektive informationsbarrierer (Chinese Walls), der er etableret af en juridisk person med henblik på at undgå interessekonflikter mellem virksomhedens afdelinger. Ifølge denne bestemmelse går den manglende forpligtelse til at bryde interne informationsbarrierer således forud for loyalitetsforpligtelsen over for investorer/kunder.

I sin afgørelse af 20. august 2012 vurderede Fondsrådet, at Skandinaviska Enskilda Banken (SEB), Danmark, havde overtrådt § 5, stk. 3 i investeringsanalysebekendtgørelsen uden, at Finanstilsynet dog fandt grundlag for at politianmelde banken.

SEB havde, i forbindelse med børsnoteringen af Pandora A/S, udarbejdet og offentliggjort en investeringsanalyse vedrørende Pandora aktien. Da SEB Pensionsforsikring A/S, der er et datterselskab i SEB koncernen, over for offentligheden fremstod som investor i den fond, som solgte aktierne i Pandora A/S, forelå der derfor en interessekonflikt, som var omfattet af oplysningspligten i investeringsanalysebekendtgørelsens § 5, stk. 3.

Investeringsanalysen var blevet udarbejdet i SEB's aktieanalyseafdeling, og i forbindelse hermed var visse dele af analysen blevet sendt til fakta-tjek i SEB's corporate finance afdeling, hvor man var bekendt med, at SEB Pensionsforsikring A/S indirekte ejede aktier i Pandora A/S. Denne viden var tillige kendt i markedet.

Mellem analyseafdelingen og corporate finance-afdelingen havde SEB indført Chinese Walls, og af denne grund havde corporate finance-afdelingen ikke informeret aktieanalyseafdelingen om SEB Pensionsforsikring A/S's indirekte ejerskab i Pandora A/S. Fondsrådet anførte imidlertid, at reglerne om Chinese Walls ikke indeholder hjemmel til at tilbageholde offentligt tilgængelige oplysninger, som en afdeling er i besiddelse af, og som er omfattet af bekendtgørelsens § 5, stk. 1-3 – heller ikke selvom Chinese Walls ikke er brudt.[43]

I tillæg til de krav, der følger af investeringsanalysebekendtgørelsens § 5, gælder der særlige krav for personer, hvis hovederhverv består i at udarbejde investeringsanalyser.[44] Disse personer skal ifølge § 8 sikre, at det ved fremlæggelse af en analyse klart og tydeligt oplyses, såfremt personen eller en nærtstående juridisk person besidder aktier i udstederen, og aktiernes pålydende værdi udgør over 5 pct. af den samlede udstedte aktiekapital eller har andre betydelige finansielle interesser i forhold til udstederen, jf. § 8, stk. 1, nr. 1 og 3.

[42] Sagen er omtalt af *Nis Jul Clausen* i NTS 2012:1, s. 158 f.

[43] Sagen er omtalt af *Nis Jul Clausen* i NTS 2013:1-2, s. 150 f.

[44] Ved personer, hvis hovederhverv består i at udarbejde investeringsanalyser, forstås ifølge bekendtgørelsens § 2, nr. 4 et investeringsselskab, et kreditinstitut, eller en i forhold til disse nærtstående juridisk person, en uafhængig finansanalytiker, en anden person, hvis hovederhverv består i udarbejdelse af investeringsanalyser, eller fysiske personer, der arbejder for en af de forannævnte personer.

Besidder udstederen aktier i personen eller i en nærtstående juridisk person, og aktiernes pålydende værdi udgør over 5 pct. af den samlede udstedte aktiekapital, skal der tillige oplyses herom, jf. § 8, stk. 1, nr. 2. Har personen, hvis hovederhverv består i at udarbejde investeringsanalyser, eller en nærtstående juridisk person indgået en aftale med udstederen om udarbejdelse af analysen, skal personen ved fremlæggelsen af analysen ligeledes sikre, at analysen klart og tydeligt indeholder oplysninger herom jf. § 8, stk. 1, nr. 7.[45]

Denne adfærdsregel, der pålægger finansanalytikeren en oplysningspligt, indebærer på linje med bestemmelsen i fil. § 72, stk. 2, nr. 2, 2. del en direkte beskyttelse af kunden, idet den giver vedkommende mulighed for at medtage interessekonfliktaspektet i sin vurdering af de tilgængelige investeringsanalyser og dermed træffe sin investeringsbeslutning på et veloplyst grundlag.

For investeringsselskaber og kreditinstitutter gælder, at de i tillæg til de krav, der følger af bekendtgørelsens §§ 5 og 8, også skal opfylde kravene i § 10. Disse virksomheder skal ved fremlæggelsen af en analyse således sikre, at analysen bl.a. indeholder oplysninger om, hvilke organisatoriske og administrative ordninger, der er indført hos virksomheden med det formål at forebygge og undgå interessekonflikter ved udarbejdelse af investeringsanalyser, herunder ved etablering af informationsbarrierer, jf. § 10, stk. 1, nr. 1.[46] Reglen svarer i et vist omfang til den ovenfor i afsnit 2.2.2. nævnte bestemmelse i investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 1, nr. 6, ifølge hvilken en værdipapirhandler, når det er relevant, skal give detailkunder en beskrivelse af værdipapirhandlerens politik vedrørende interessekonflikter. Det i afsnit 2.2.2. anførte vedrørende bestemmelsens investorbeskyttende betydning gør sig derfor også gældende, for så vidt angår investeringsanalysebekendtgørelsens § 10.

3.2.2. Udbredelse af tredjemands investeringsanalyser

Investeringsanalysebekendtgørelsens kapitel 3 (§§ 13-17) indeholder regler om udbredelse af analyser udarbejdet af tredjemand. For personer, der på eget ansvar udbreder sådanne analyser, gælder der en række særlige oplysningsforpligtelser.

Bekendtgørelsens § 14 vedrører den situation, hvor en person foretager væsentlige ændringer af en analyse udarbejdet af tredjemand inden udbredelsen af analysen. I sådanne situationer skal personen sikre, at ændringerne fremgår klart og detaljeret af de udbredte oplysninger.

Udbredes (alene) et resume af en analyse udarbejdet af tredjemand, skal dette være klart og må ikke være vildledende, jf. § 15, stk. 1. Det følger desuden af stk. 2, nr. 2, at personen, der udbreder resumeet, skal sikre, at re-

[45] Se i øvrigt også reglerne i § 8, stk. 1, nr. 4-6.

[46] Se i øvrigt også reglerne i § 10, stk. 1, nr. 2-5.

sumeet bl.a. indeholder oplysninger om, hvor offentligheden let og direkte kan få adgang til oplysninger om eventuelle interesser og interessekonflikter for den tredjemand, der har udarbejdet analysen. Fremgår disse oplysninger af selve analysen, gælder der ikke en sådan oplysningspligt.

Denne adfærdsregel sikrer, at modtageren af analysen også gøres opmærksom på eventuelle interessekonflikter hos den tredjemand, der har udarbejdet analysen, selvom der kun udbredes et resume af denne, således at vedkommende kan tage dette aspekt med i sine investeringsovervejelser.

Også i relation til udbredelse af tredjemands analyser gælder der særlige og mere vidtgående krav til investeringsselskaber og kreditinstitutter. I tillæg til de ovennævnte krav skal disse virksomheder således bl.a. sikre, at der i overensstemmelse med reglerne i §§ 8 og 10 oplyses om interesser eller interessekonflikter hos virksomheden, jf. § 16, stk. 1, nr. 2. Har den tredjemand, der har udarbejdet analysen, tidligere udbredt analysen til offentligheden eller til distributionskanaler, gælder der ikke en sådan oplysningspligt. Foretager et investeringsselskab eller et kreditinstitut væsentlige ændringer i analyser udarbejdet af tredjemand, skal kravene i §§ 3-10 iagttages, for så vidt angår de væsentlige ændringer, jf. § 17.

4. Sanktionering

Debatten vedrørende investeringsanalyser og finansanalytikere har i vidt omfang haft fokus på risikoen for, at dårlig styring af interessekonflikter i virksomheder, der foretager investeringsanalyser, kan føre til tendentiøse analyser.[47] Det synes umiddelbart nærliggende at antage, at dårlig konfliktstyring hos værdipapirhandlere på samme måde kan føre til tendentiøs investeringsservice. Efterlevelse af interessekonfliktreglerne er således et væsentligt element i relation til investorbeskyttelsen.

Efterlevelse af de ovenfor nævnte regler synes imidlertid at kunne være forholdsvis ressourcekrævende for virksomhederne. Et aspekt i relation til vurderingen af reglernes investorbeskyttende effekt er derfor spørgsmålet, i hvilket omfang der er et reelt incitament til at efterleve reglerne. Her har sanktioneringen af reglerne en stor betydning.

Også i relation til spørgsmålet om sanktionering spiller opdelingen i struktur- og adfærdsregler en væsentlig rolle. Det traditionelle udgangspunkt er, at strukturregler har karakter af offentligretlige regler med tilknyttede offentligretlige sanktioner, mens adfærdsregler er udtryk for privatretlig regulering, hvis overtrædelse normalt er forbundet med privatretlige sanktioner.

Overtrædelse af de fleste af ovennævnte regler er sanktioneret med bøde. Det gælder også flere af bestemmelserne i investeringsanalysebekendtgørelsen til trods for, at disse bestemmelser har karakter af adfærdsregler.

[47] Jf. KOM (2006) 789, s. 3.

Det kan undre, at man i Danmark har valgt at implementere interessekonfliktreglerne i markedsmisbrugsdirektivet på denne måde. Det kan anføres, at det henset til reglernes indhold synes at have været mere oplagt, såfremt reglerne var blevet implementeret i en bekendtgørelse af mere privatretlig karakter. Dette ligger imidlertid i tråd med den tendens, der i en periode har været til at regulere adfærdsspørgsmål med offentligretlige regler.[48]

Tilsvarende vil en manglende efterlevelse af reglerne i fil. § 72, stk. 1 og 2 samt i vphl. § 28 b, stk. 1 kunne straffes med bøde, jf. henholdsvis fil. § 373, stk. 2 og vphl. § 93, stk. 1. Afhængig af bødernes størrelse vil risikoen for at blive idømt sådanne være et incitament til at efterleve reglerne.

Penge- og realkreditinstitutter med tilladelse til at drive virksomhed som værdipapirhandler vil endvidere være omfattet af reglerne i bekendtgørelsen om finansielle virksomheders pligt til at offentliggøre Finanstilsynets vurdering af virksomheden (bkg. nr. 307 af 20. marts 2013). Ifølge denne bekendtgørelses § 2, stk. 1 er der en pligt til for institutterne at offentliggøre den redegørelse, som Finanstilsynet udarbejder efter hver inspektion. Redegørelsen beskriver bl.a. Finanstilsynet vurdering af virksomheden, herunder centrale påbud og påtaler modtaget fra Finanstilsynet.

Penge- og realkreditinstitutterne skal desuden (uden for tilfældene i stk. 1) offentliggøre en redegørelse fra Finanstilsynet vedrørende påbud, påtaler og risikooplysninger, der efter Finanstilsynets vurdering har betydning for virksomhedens kunder, indskydere, øvrige kreditorer eller de finansielle markeder, hvorpå virksomhedens aktier eller dets udstedte værdipapirer handles, jf. § 2, stk. 2.

I forhold til bødestraffen synes denne pligt til at offentliggøre Finanstilsynets redegørelser at udgøre et større incitament til efterlevelse af reglerne på området. Risikoen for at ryge i den offentlige gabestok vil for de fleste virksomheder – afhængig af bødens størrelse – formentlig være mere afskrækkende end et økonomisk rap over fingrene.

Det synes forholdsvis oplagt, at de ovenfor gennemgåede strukturregler er sanktioneret med offentligretlige sanktioner (bødestraf). Derimod synes det knapt så forståeligt, hvorfor der til overtrædelse af adfærdsreglerne, herunder reglerne i investeringsanalysebekendtgørelsen, ikke direkte er knyttet civilretlige sanktioner, fx i form af erstatningsansvar for manglende efterlevelse. Den tilknytning til strukturreglerne, som f.eks. oplysningspligten i fil. § 72, stk. 2, nr. 2 har, taler umiddelbart ikke for, at en manglende efterlevelse i sig selv vil have civilretlige konsekvenser. En investor, hvis interesser har lidt skade som følge af interessekonflikter og de manglende oplysninger herom, vil derfor umiddelbart ikke kunne støtte et civilretligt krav direkte på den konkrete regel. En manglende efterlevelse af reglerne vil dog formentlig kunne have afsmittende virkning i forhold til visse civilretlige spørgsmål, fx

[48] Se fx *Lennart Lynge Andersen*, Hvad nu Bendt Bendtsen?, Christian Ejlers' Forlags Katalogårbog, 2006.

om der efter almindelige erstatningsretlige regler er handlet ansvarspådragende.[49] Dette antydes også af Højesteret i dens bemærkning i UfR 2013.182 H vedrørende en banks erstatningsansvar for en kundes tab på virksomhedsobligationer i forbindelse med en formueplejeaftale. Højesteret bemærkede her, at der påhvilede banken en pligt til inden investeringerne at gøre kunden opmærksom på en mulig interessekonflikt, jf. § 19, stk. 2, sammenholdt med princippet i § 9, stk. 1 i den tidligere udgave af god skik-bekendtgørelsen.

En direkte hjemlet ret til civilretlige sanktioner ville formentlig kunne virke afskrækkende og medføre et betydeligt incitament til at efterleve reglerne – særligt i lyset af forholdet mellem omkostningerne ved at efterleve reglerne og omkostningerne ved evt. erstatningssager og risikoen for gruppesøgsmål. Dette vil imidlertid forudsætte et markant reguleringsmæssigt paradigmeskifte på området, og der er umiddelbart ikke tegn på, at et sådant skifte er aktuelt på dette område.

På området for kreditvurderingsbureauer er et sådant skifte dog sket. Det følger således nu af artikel 35a i forordning (EF) nr. 1060/2009, at en investor eller udsteder kan kræve skadeserstatning fra et kreditvurderingsbureau for tab, som den pågældende er blevet påført som følge af kreditvurderingsbureauets forsætlige eller groft uagtsomme overtrædelse af visse af forordningens bestemmelser.[50]

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at reglernes investorbeskyttende betydning ikke synes at ligge i selve sanktionsmulighederne ved deres overtrædelse, idet der ikke er knyttet direkte civilretlige sanktioner til en manglende efterlevelse. Investorbeskyttelsen ligger snarere i sanktionernes afskrækkende effekt, der udgør et incitament til at efterleve reglerne og derigennem beskytte investorerne og forhindre, at deres interesser skades som følge af interessekonflikter. Man kan have en forhåbning om, at det netop er dette, som den beskedne praksis på området er udtryk for.

5. Konklusion

I relation til begge typer af aktører gælder, at spørgsmålet om interessekonflikter i relation til deres virksomhedsudøvelse er underlagt såvel strukturs om adfærdsregler, og at disse regler supplerer hinanden. Således suppleres den strukturelle regel i fil. § 72, stk. 2, nr. 2, 1. del om pligt til at have organisatoriske ordninger til påvisning og minimering af interessekonflikter eksempelvis af en oplysningspligt i bestemmelsens 2. del, der må karakteriseres som en adfærdsregel. På samme måde suppleres pligten i § 16 i bekendtgørelsen om organisatoriske krav til at have en interessekonfliktpolitik

[49] Sml. vejledning nr. 1055 af 13. marts 2013 til bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder.

[50] Artikel 35a er indsat ved forordning (EU) nr. 462/2013 af 21. maj 2013.

(strukturregel) af en pligt i investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 1, nr. 6 til at oplyse om denne (adfærdsregel).

Det er indholdet af reglerne, der er bestemmende for, om en regel rubriceres som struktur- eller adfærdsregel. De strukturelle regler indeholder i høj grad krav om bestemte procedurer og retningslinjer til imødegåelse af interessekonflikter, mens adfærdsreglerne på dette område primært indeholder diverse oplysningsforpligtelser. I den forbindelse er vphl. § 28 a værd at nævne, idet bestemmelsen indebærer en oplysningsforpligtelse (over for Finanstilsynet) uden, at bestemmelsen dog af den grund kan karakteriseres som en adfærdsregel. I kraft af Finanstilsynets efterfølgende offentliggørelse af oplysningerne får bestemmelsen imidlertid (næsten) samme effekt som de adfærdsregler, der pålægger værdipapirhandleren eller finansanalytikeren en oplysningspligt over for investorerne.

I relation til værdipapirhandlere er størstedelen af reglerne af strukturel karakter, mens det for finansanalytikeres vedkommende gælder, at reglerne primært har karakter af adfærdsregler. Forklaringen på denne forskel i den valgte regulering af aktørerne kan formentlig primært tilskrives, at disse aktører udøver hver sin form for virksomhed.

Som det fremgår af ovenstående gennemgang, har rubriceringen af reglerne i henholdsvis struktur- og adfærdsregler betydning for omfanget og karakteren af investorbeskyttelsen. Det gælder såvel i forhold til reglernes materielle indhold som de med reglerne forbundne sanktioner. Derudover spiller kontrollen med overholdelsen og håndhævelsen af reglerne samtidig en afgørende rolle for den reelle investorbeskyttelse. Afslutningsvis må det imidlertid konkluderes, at de forskellige interessekonfliktregler som udgangspunkt samlet set bidrager til en effektiv investorbeskyttelse.

Beskatning af hobbyvirksomhed
– i et skattemæssigt limbo

af

Inge Langhave Jeppesen og Lars Kjærgård Terkilsen

1. Indledning

Beskatning af hobbyvirksomhed udgør en velkendt problemstilling, som har givet anledning til skatteretlige overvejelser i adskillige årtier. Problemstillingen har i høj grad drejet sig om sondringen mellem hobbyvirksomhed og erhvervsmæssig virksomhed, hvor der i praksis er skabt de grundlæggende kriterier om rentabilitet og intensitet som en forudsætning for, at en virksomhed i skattemæssig sammenhæng kan anses for at være erhvervsmæssig. Disse kriterier fremstår så fasttømrede, at nyere praksis på området i væsentlig grad består af sager, hvor spørgsmålet har været, om en given virksomhed, under iagttagelse af kriterierne, kan anses for at være erhvervsmæssig.

Fastlæggelsen af, at en virksomhed udgør en hobbyvirksomhed, leder til den ligeså velkendte retsfølge, at et eventuelt underskud fra virksomheden ikke kan modregnes i anden indkomst, som skatteyder måtte have. Prædikatet hobbyvirksomhed har derfor en betydelig konsekvens for den skattemæssige behandling af virksomhedens resultat.

Men en ting er at kende svaret på, hvordan et underskud i en hobbyvirksomhed skal håndteres, noget helt andet er at kunne svare på, hvordan indkomsten skal opgøres, hvilket igen kan have betydning for, om virksomheden overhovedet er underskudsgivende. Sondringen mellem hobbyvirksomhed og erhvervsmæssig virksomhed er skabt i praksis og er derfor kendetegnet ved at være et af de områder i skatteretten, der alene er underlagt den rammeregulering, som statsskattelovens §§ 4-6 udgør. Svaret på, hvordan selve indkomstopgørelsen skal ske, skal derfor også findes inden for disse rammer.

Et indledende spørgsmål i en artikel om hobbyvirksomhed er, hvad der kendetegner en hobbyvirksomhed. I en kommentar fra 1999 placerer Ole Bjørn hobbyvirksomheden i et skatteretligt firkløver, der udover hobbyvirksomheden også omfatter erhvervsvirksomheden, den ikke-erhvervsmæssige økonomiske aktivitet og endelig deltidslandbruget.[1]

[1] Ole Bjørn, Hobby – erhvervsmæssig virksomhed – galleri, SR-Skat 1999.416.

Hobbyvirksomheden er kendetegnet ved at være »... en aktivitet af økonomisk betydning, der er båret af personlige interesser ...«,[2] mens den ikke-erhvervsmæssige økonomiske aktivitet er kendetegnet ved at have økonomiske konsekvenser, som ikke udspringer af personlige interesser, men som på den anden side heller ikke opfylder kravene om rentabilitet og intensitet.[3] Over for disse to typer af virksomhed står den erhvervsmæssige virksomhed, hvor det, udover eksistensen af en økonomisk aktivitet, er rentabiliteten og intensiteten, der er afgørende.

Firkløveret har det fællestræk, at aktiviteterne alle kan karakteriseres som virksomhed, men har samtidig den forskellighed, der ligger i intentionen bag de forskellige typer af virksomhed. Det er således væsentligt at være opmærksom på, at ved afgrænsningen af hobbyvirksomheden over for den erhvervsmæssige virksomhed er det ikke et spørgsmål, om der er en virksomhed, men derimod om virksomheden har en sådan rentabilitet og intensitet, at den også kan karakteriseres som erhvervsmæssig. Det præciseres blandt andet i byrettens dom i SKM2011.812.BR, hvor det i præmissen er anført, at: »Efter fast retspraksis skal en virksomhed, for at blive anset for erhvervsmæssig i skattemæssig henseende, dels have et vist omfang og dels være etableret med udsigt til at opnå en fortjeneste, der står i et rimeligt forhold til den investerede kapital og arbejdsindsats.«[4]

Praksis fremstår således klar i relation til de kriterier, der er afgørende for, om en virksomhed er erhvervsmæssig eller en hobbyvirksomhed, ligesom retsfølgen i form af den manglende adgang til at modregne underskuddet i anden indkomst fremstår klar.[5] Denne klarhed gælder imidlertid ikke i forhold til selve indkomstopgørelsen, hvilket en række nyere afgørelser sætter fokus på.

[2] Ole Bjørn, Hobby – erhvervsmæssig virksomhed – galleri, SR-Skat 1999.416.

[3] I hverken administrativ praksis eller retspraksis ses der dog konsekvent at blive sondret mellem ikke-erhvervsmæssig virksomhed og hobbyvirksomhed. Se eksempelvis den flere steder omtalte SKM 2013.39.SR samt SKM 2013.241.HR. I den juridiske vejledning anvendes overvejende ikke-erhvervsmæssig virksomhed, jf. C.A.3.9 samt C.C.1.3.

[4] Der henvises også til SKM2013.241.HR og SKM2013.534.HR.

[5] Der henvises til Skatteretsrådets notat om indkomstopgørelsen i ikke-erhvervsmæssig virksomhed af 16. juni 2003, der, med udgangspunkt i praksis, redegør for de principper, der ligger til grund for den ikke-erhvervsmæssige virksomheds skattemæssige indkomstopgørelse.

1.1. SKM2013.39.SR

En af de nyeste afgørelser[6] på området er SKM2013.39.SR, der vedrører en billedhugger, hvis virksomhed ved en tidligere byretsdom er blevet anset for at være en hobbyvirksomhed.[7]

Med denne klassifikation placeres skatteyders virksomhed i et limbo med den erhvervsdrivende på den ene side og det private på den anden. Og i dette limbo skal der træffes afgørelser om håndteringen af såvel indtægter som udgifter alene med udgangspunkt i den rammelovgivning, som statsskattelovens §§ 4-6 byder på. De afgørelser, der træffes, har afgørende indflydelse på opgørelsen af den årlige nettoindkomst fra hobbyvirksomheden og dermed dennes resultat.

De spørgsmål, som skatteyder har stillet i SKM2013.39.HR, vedrører en række problemstillinger, hvor fortolkningen af statsskattelovens §§ 4-6 har afgørende betydning i forhold til virksomhedens indkomstopgørelser. Spørgsmålene kan overordnet placeres i tre kategorier: én, der vedrører afgrænsningen af, hvilke af skatteyders indtægtskilder, der indgår i hobbyvirksomheden; én, der vedrører spørgsmålet om skattepligt ved salg af de værker, som skatteyder har frembragt som billedhugger og én, der vedrører spørgsmålet om periodisering af indtægter og udgifter i hobbyvirksomheden.

I det følgende vil vi diskutere de problemstillinger, som Skatterådets afgørelse og andre nyere afgørelser giver anledning til. De nye afgørelser vedrører i overvejende grad beskatningen af kunstnere, men de rejste problemstillinger findes også at have betydning for øvrige hobbyvirksomheder. Udgangspunktet for diskussionen er den skatteretlige særstatus, som hobbyvirksomheden anses for at have. Vi vil derfor indlede med en redegørelse for de forklaringer, der er fremført som forklaring på denne særstatus.

2. Generelt om hobbyvirksomhedens indkomstopgørelse

Når talen falder på hobbyvirksomhed, er det den manglende adgang til anvendelse af underskuddet, der fremhæves. I den skatteretlige litteratur er der fremkommet adskillige bidrag til forklaring på det skatteretlige dilemma, som praksis byder på – at der på den ene side gives fradrag for nogle udgifter, samtidig med at der på den anden side ikke gives fradrag for det underskud, som måtte opstå som følge af fradraget.

I et notat fra 2003 har Skatteretsrådet gennemført en analyse af den foreliggende praksis med henblik på at redegøre for de principper, der ligger til grund for indkomstopgørelsen i den ikke-erhvervsmæssige virksomhed,

[6] Det fremgår af Danmarks Skatteadvokaters henvendelse til Skatteudvalget, at afgørelsen er påklaget, jf. Skatteudvalget 2012-13,SAU Alm.del Bilag 203. Den fremgår dog ikke af appellisten på SKAT's hjemmeside.

[7] Dommen er offentliggjort som SKM2011.812.SR.

herunder hobbyvirksomheden. Notatets konklusion er, at der er to hovedteorier for indkomstopgørelsen, men også at hjemlen til disse principper på nogle punkter forekommer tvivlsom.[8]

Der er ikke tvivl om, at indtægterne er skattepligtige,[9] ligesom der ikke er tvivl om, at underskud ikke kan anvendes til modregning i anden indkomst eller til fremførsel. Tvivlen opstår derimod ved adgangen til fradrag for udgifterne. I denne forbindelse bygger den ene teori på den opfattelse, at der er fradrag for udgifterne med hjemmel i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, som følge af udgifternes nære sammenhæng med indkomsterhvervelsen. Den anden teori bygger derimod på den opfattelse, at der direkte kan indfortolkes et nettoindkomstprincip i statsskattelovens § 4. Det skal forstås således, at statsskattelovens § 4 alene beskatter nettoindkomsten, og ved opgørelsen af denne er der sket fradrag for de dertil hørende udgifter.

Den første teori harmonerer med den opfattelse, der blev fremført i vejledningen til 1912-loven, hvor det med udgangspunkt i statsskattelovens nettoindkomstprincip er anført, at tab, »der lides ved en Bedrift« kan fradrages i skatteyders samlede indkomst, hvis tabet med hjemmel i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, kan betragtes som en formindskelse af årsindtægten og ikke blot som en formindskelse af indkomsten i den virksomhed, der har lidt tabet.[10]

En tilsvarende opfattelse ses hos Thøger Nielsen, der argumenterer for, at når indkomsten fra hobbyvirksomheden bliver beskattet, er der »... intet ulogisk i at tillade et vist udgiftsfradrag i selve indkomsterne fra den hobbyprægede aktivitet, men at frakende en nettoudgift omkostningskarakter, medmindre der er tale om »egentlig erhvervsmæssig virksomhed«.«[11] Det vil sige, at der på den ene side kan gives fradrag for udgifterne, mens der på den anden side kun kan gives fradrag for nettoudgiften (underskuddet), hvis det hidrører fra en erhvervsmæssig virksomhed. Opfattelsen afspejler, at underskuddet betragtes som et tab, hvilket Thøger Nielsen også har lagt til grund i en tidligere artikel, hvor han tilkendegiver, at nettoudgiften udgør et tab. Han omtaler i den forbindelse, at der er udgiftsfradrag og tabsfradrag.[12]

[8] Skatteretsrådets notat om indkomstopgørelsen i ikke-erhvervsmæssig virksomhed af 16. juni 2003.

[9] Det vil fremgå af afsnit 4, at der kan være tvivl, om de indtægter, der har karakter af kapitalgevinster, er skattepligtige.

[10] Love, Anordninger mv. for Aaret 1912, Afdeling A, s. 1315.

[11] Thøger Nielsen, Indkomstbeskatning, s. 416. Samme forfatter skriver i U.1959B.292, at når man beskatter indkomsten ved skatteyders hobby, »... synes man ikke at kunne nægte ham fradrag af de udgifter, der tjener til at erhverve dem ...«

[12] Thøger Nielsen, Fra skatteretspraksis, driftstabsproblemer i U.1959B.292. Udsagnet fremsættes som et spørgsmål, om der er hjemmel til at skelne mellem udgiftsfradrag og tabsfradrag.

Det princip, som ligger til grund for udsagnene, synes at bygge på en opdeling af den retlige subsumption i to stadier. Det første stadium forholder sig til fradragsretten for de udgifter, der jf. statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a skal være afholdt for at erhverve, sikre og vedligeholde hobbyindkomsten. Det andet stadium forholder sig til fradragsretten for det tab, som underskuddet er udtryk for. Og kun hvis dette tab er erhvervsmæssigt begrundet, kan det modregnes i den skattepligtiges øvrige indkomst. Vurderingen i det andet stadium får karaktertræk til fælles med den vurdering, der jf. praksis foretages for driftstab i almindelighed.[13] Det skal således vurderes, om underskuddet er driftsmæssigt begrundet, eller om der alternativt er tale om, at underskuddet er udtryk for et privatforbrug, jf. statsskatteloven § 6, stk. 2.[14]

Den anden teori er kommet til udtryk i SpO.1992.261, hvor der gives udtryk for, at udgifter til hobby er af privat karakter og derfor ikke er fradragsberettigede. Indtægter ved hobby er derimod skattepligtige. Herefter følger det synspunkt, at det kun er nettoindtægten, der er skattepligtig, og at den i princippet opgøres på samme måde som en spekulationsfortjeneste efter statsskattelovens § 5. Der argumenteres for, at der ikke er »... tale om sædvanlige driftsomkostninger, men om opgørelse af en nettofortjeneste, der er personlig indkomst.«[15] Synspunktet er fremsat i forbindelse med en diskussion af hjemlen til at fradrage udgifter i hobbyvirksomheden ved opgørelsen af den personlige indkomst. Udfordringen består i, at det alene er erhvervsmæssige udgifter, der, jf. personskattelovens § 3, stk. 2, kan fradrages ved opgørelsen af den personlige indkomst. Og da hobbyvirksomheden netop er kendetegnet ved ikke at være erhvervsmæssig, forklares fradraget i den personlige indkomst med en henvisning til, at indkomsten opgøres som en nettoindkomst.[16]

[13] Der henvises til Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 15. udgave, s. 297 f. og Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 6. udgave, s. 198 f.

[14] Se hertil også Jan Pedersen i Skatteretten 2, 6. udgave, s. 272, som argumenterer for, at udgifter, der ikke kan indeholdes i modsvarende indtægter, udgør private udgifter. I U.1959B.292 skriver Thøger Nielsen tilsvarende, at »Som regel vil udgifter af den pågældende art være udtryk for rent forbrug af indkomsten, og den omstændighed, at udgift og tab fremkommer som poster i et tilsyneladende forretningsregnskab bør naturligvis ikke ændre den principielle behandling.« Mogens Glistrup, derimod, giver udtryk for, at den manglende fradragsret for underskuddet skyldes sociale lighedsbetragtninger.

[15] SpO.1992.261.

[16] Synspunktet har også været lagt til grund for en tilsvarende argumentation i Lærebog om indkomstskat. Det er senest fremført i Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat 13. udgave, s. 193, mens den ikke fremgår af de nyere udgaver. J. Hartvig Jacobsen antyder også en sådan opfattelse i Skatteretten, s. 205, hvor han argumenterer for, at der er en nettoindkomst og en ansat indkomst. Nettoindkomsten opgøres som bruttoindtægten med fradrag af omkostningerne, mens der ved opgørelsen af den ansatte indkomst yderligere kan foretages fradrag efter statsskattelovens § 6.

Denne opfattelse er også lagt til grund i TfS 1999, 391 LSR, hvor en musiker blev anset for at udøve en ikke-erhvervsmæssig aktivitet, der skulle behandles lige som hobby. De udgifter, der var forbundet med indkomsterhvervelsen, kunne fradrages som kildeartsbestemte udgifter, jf. statsskattelovens § 4, i det omfang, de kunne indeholdes i indtægten.

De forskellige synspunkter demonstrerer, at det er vanskeligt at afgøre, hvilke teorier og dermed hjemler, der ligger til grund for den indkomstopgørelse, der foretages. I Skatteretsrådets notat konkluderes det, at fradraget for udgifter, og den deraf følgende reduktion af indkomsten, formentlig hviler på almindelige billighedsbetragtninger.[17]

Ser man på domspraksis[18] på området, forholder den sig alene til anvendelsen af underskuddet, hvor det er en forudsætning, at virksomheden er erhvervsmæssig, for at underskuddet kan anvendes til modregning i anden indkomst. Den forholder sig derimod ikke til selve indkomstopgørelsen. Det skal, i denne forbindelse, tilføjes, at påstandene i domspraksis ikke vedrører indkomstopgørelsen. Det kan måske opfattes som en generel accept af, at der er fradrag for udgifterne i hobbyvirksomheden, uanset hjemlen hertil.[19]

En sådan generel accept af, at udgifter i en hobbyvirksomhed kan fradrages, vil ikke stride mod bestemmelsen i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, idet den alene forudsætter, at udgiften er afholdt for at erhverve, sikre og vedligeholde indkomst, men ikke at der skal være tale om erhvervsmæssig indkomst. Når aktiviteten i øvrigt kan karakteriseres som virksomhed, vil det således være den sædvanlige sondring mellem driftsomkostninger og private udgifter, der afgør, om en given udgift er fradragsberettiget. Hvis aktiviteten efter fradrag af udgifterne resulterer i et tab, vil det derimod være en vurdering af tabets erhvervsmæssige karakter, der er afgørende for adgangen til at anvende tabet ved opgørelsen af årets samlede skattepligtige indkomst.

3. Afgrænsning af hobbyvirksomhedens indkomst

Det fremgik af indledningen, at der lægges betydelig vægt på en virksomheds rentabilitet og intensitet, når det skal afgøres, om den i skatteretlig

[17] Skatteretsrådets notat om indkomstopgørelsen i ikke-erhvervsmæssig virksomhed af 16. juni 2003.

[18] Der henvises til U.1976.58.HR, hvor det i præmissen er anført, at: »Sagsøgeren findes herefter at have været berettiget til i medfør af statsskattelovens § 6, stk. 1 a, at fradrage driftsunderskuddet på ejendommen ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst for indkomståret 1970.« Der henvises også til U.1975.1065.HR, U.1978.614.HR og U.2009.770.HR som eksempler herpå.

[19] Før indførelsen af personskatteloven i 1987 var der ikke forskel på skatteværdien af fradraget, og det kan måske forklare, hvorfor der ikke har været fokus på hjemlen til fradrag for udgifter, men alene på anvendelsen af det underskud, som virksomheden giver anledning til.

sammenhæng har status som erhvervsmæssig eller som hobbyvirksomhed. Rentabiliteten hænger uløseligt sammen med, om virksomheden giver overskud eller har udsigt til at give overskud. Når det kan konstateres, at der er en virksomhed, er det derfor væsentligt at få afklaret, hvilke indkomstkilder der kan henføres til virksomheden, fordi det har betydning for størrelsen af virksomhedens indtægt.

Størrelsen af virksomhedens indtægt har betydning i to sammenhænge. Den har betydning for, om virksomheden er rentabel og dermed erhvervsmæssig.[20] Derudover har den betydning for muligheden for at fradrage de udgifter, der er afholdt, når virksomheden har fået status som hobbyvirksomhed. Når det er tilfældet, kan der være en interesse i at få henført så megen indtægt som muligt til hobbyvirksomheden med henblik på at maksimere fradragsmulighederne for de udgifter, der er afholdt som led i udøvelsen af hobbyvirksomheden.

Spørgsmålet om, hvilke indtægter der kan henføres til hobbyvirksomheden, kan opdeles i to overordnede problemstillinger. Det er dels et spørgsmål, om indkomsten hidrører fra en eller to virksomheder, dels er det et spørgsmål, om anden indkomst har en sådan tilknytning til virksomheden, at den udgør en del af virksomhedsindkomsten.

3.1. En eller to virksomheder

SKAT's styresignal i SKM 2011.282.SKAT om den skattemæssige behandling af væddeløbsheste og stutterier berører denne problemstilling i relation til personer, der driver stutterier og samtidig har hold af væddeløbsheste. I styresignalet er det anført, at det tidligere har været gældende, at der altid har skullet foretages en opdeling af de to virksomhedstyper.[21] Det har derfor ved vurderingen af, om virksomhederne har været erhvervsmæssige, været et krav, at både stutteriet og holdet af væddeløbsheste skulle leve op til kriterierne om rentabilitet og intensitet.

Med styresignalet præciserer SKAT, at der fremover skal foretages en konkret vurdering af, om stutteriet og holdet af væddeløbsheste kan anses som én samlet virksomhed, eller om der, som tidligere, skal foretages en særskilt vurdering af, om den enkelte aktivitet er erhvervsmæssig. I den forbindelse anføres en række momenter, der skal tillægges vægt ved vurderingen. En del af disse momenter vedrører specifikt stutterier og væddeløbsheste, mens andre er mere generelle. De generelle kriterier er, at der foretages fælles indkøb m.v.; at der er fælles administration og regnskabsføring, og at saldoafskrivninger foretages under ét.

[20] Det er ikke alene rentabiliteten, der afgør, om en aktivitet er erhvervsmæssig, men den har en betydelig indflydelse på vurderingen, og ses derfor at være væsentlig i forhold til denne vurdering.

[21] Der henvises til U.1961.278.ØLR som et eksempel på en sådan opdeling.

Kriterierne er fremført i et styresignal om stutterier og hold af væddeløbsheste. Disse to virksomhedsformer har betydelige fællestræk. Til trods for kriteriernes generelle karakter, skal de derfor næppe forstås sådan, at hvis de er opfyldt, vil der automatisk være tale om en samlet virksomhed. Der vil fortsat skulle foretages en vurdering af, om der er tale om en eller flere virksomheder.

SKM2011.30.VLR er et eksempel på de vanskeligheder, der kan være forbundet med en sådan vurdering. Sagen vedrørte en vurdering af, om et landbrug i perioden 2001-2003 var erhvervsmæssig drevet, eller om det var en hobbyvirksomhed. Skatteyder havde siden 1998 drevet et underskudsgivende landbrug med planteavl. I 2005 blev driften omlagt ved, at skatteyder begyndte at udleje en del af bygningerne, noget af jorden (til jagt) samt nogle græsarealer. Desuden begyndte skatteyder at sælge brænde. I perioden 2005-2008 gav landbruget overskud, men det var udelukkende på grund af de yderligere aktiviteter i form af udlejning og salg, der var påbegyndt. Spørgsmålet var herefter, om de senere overskud betød, at virksomheden i 2001-2003 kunne anses for at være drevet med overskud for øje.

Det er dette forhold, som domstolen skal vurdere, og dommen vedrører derfor ikke direkte afgræsningen af selve hobbyvirksomheden. Men landsretten berører alligevel i sine præmisser afgrænsningen af landbruget. Det bemærkes således, at da overskuddene udelukkende kan tilskrives meget høje kompriser i 2007 og 2008 samt »indtægtskilder af mere sekundær karakter«, medfører disse overskud ikke, at virksomheden i årene 2001-2003 blev drevet erhvervsmæssigt.

Selv om udlejningen af bygninger og jord samt salg af brænde har en tilknytning til selve landbruget, omtales de alligevel som sekundære aktiviteter i forhold til den primære aktivitet med planteavl. Dommen tager således stilling til, om de ekstra aktiviteter kan have en retrospektiv indflydelse på vurderingen af virksomhedens rentabilitet. Der kan ikke herfra drages en konklusion om, at aktiviteternes mere sekundære karakter i sig selv betyder, at der er tale om flere virksomheder. Men styresignalet i SKM 2011.282.SKAT taler dog for, at hvis der er tale om aktiviteter med en vis tilknytning, vil en samtidig opfyldelse af de generelle kriterier, der fremgår af styresignalet, tale for, at der drives én samlet virksomhed.

3.2. Lønindkomst og honorarers tilknytning til virksomheden

Overskriften dækker over det forhold, at den, der driver en hobbyvirksomhed, også har indkomst fra andre kilder. I den nyere praksis ses problemstillingen særligt for kunstnere, hvor domstolene har vurderet, om forskellige former for indkomst skal indgå i virksomhedens omsætning. Den foreliggende praksis vedrører særligt muligheden for at indregne honorarer eller løn i indkomstopgørelsen. Honorarerne og lønnen er umiddelbart skattepli-

tige, men hvis de kan indgå i virksomhedens indkomstopgørelse, kan de anvendes til dækning af de udgifter, der er i virksomheden. Skatteyder vil derfor opnå en reduktion af sin samlede skattebetaling, da der vil være en større indkomst, som udgifterne kan modregnes i.

I SKM2011.282.BR har domstolene forholdt sig til, om et honorar kan indgå i indkomstopgørelsen. Sagen vedrørte en skatteyder,[22] der var uddannet billedhugger og arbejdede som lærer på en kunstskole, hvorfra hun fik udbetalt A-indkomst. Det var en betingelse for ansættelsen, at skatteyder var udøvende kunstner, og skatteyder udøvede også virksomhed som selvstændig kunstner ved siden af sin ansættelse.

Ifølge sagens oplysninger drev skatteyder virksomheden med underskud i perioden 2001-2006. Det akkumulerede underskud udgjorde knap 150.000 kr. Sagen vedrørte indkomstårene 2005 og 2006, hvor underskuddene var opgjort til cirka 43.000 kr. og 32.000 kr. Det var desuden oplyst, at virksomheden også gav underskud i indkomstårene 2007 og 2008. I 2006 havde skatteyder desuden, med støtte fra undervisningsministeriet, skrevet en undervisningsbog. Hun havde modtaget 35.000 kr. i honorar for bogen.

Skatteyder argumenterede i sagen for, at der var en sådan sammenhæng mellem hendes virksomhed som kunstner og hendes aktivitet som underviser på kunstskolen, at indtægten fra ansættelsen på kunstskolen skulle indgå i virksomhedens indkomstopgørelse. Hertil bemærkede byretten, at det alene var en betingelse for ansættelsen, at hun var udøvende kunstner – ikke at hun udøvede erhvervsmæssig virksomhed. Byretten fandt det derfor ikke godtgjort, at sammenhængen mellem den kunstneriske virksomhed og ansættelsen på kunstskolen var så nær og direkte, at aktiviteterne tilsammen kunne anses som en virksomhed.

Til gengæld kunne indtægten fra skatteyders bogudgivelse indgå som en del af virksomhedens indkomst, hvilket fremgår af skatteministeriets påstand, hvor det er anført, at skatteyders bogudgivelse havde den fornødne tilknytning til den kunstneriske virksomhed. Da det er en del af påstanden, foretager byretten ikke en egentlig vurdering heraf, og dommen bidrager derfor ikke direkte til en afklaring af, hvad der skal til for at skabe en nær og direkte tilknytning.

I SKM2013.534.HR forholder Højesteret sig også til afgrænsningen af en hobbyvirksomheds indkomst. Sagen vedrørte skatteansættelsen for indkomstårene 2005 og 2006 for en kunstner. Kunstneren havde for de pågældende indkomstår selvangivet et resultat af sin virksomhed på ca. 220.000 og 272.000 kr. Det positive resultat hidrørte fra skatteyders indtægt fra sin ansættelse som leder af G2, som ifølge skatteyder var en del af virksomhedens indkomst. Der havde ikke været øvrig omsætning i virksomheden i de

[22] Der er tale om den skatteyder, der efterfølgende i SKM2013.39.SR har stillet en række spørgsmål til indkomstopgørelsen i hobbyvirksomheden.

to indkomstår, og underskuddet fra selve kunstnervirksomheden kunne derfor opgøres til ca. 173.000 kr. og 124.000 kr. for de to indkomstår.

Højesteret skulle vurdere, om skatteyders kunstnervirksomhed var erhvervsmæssig i skatteretlig forstand, hvilket skulle ske ud fra de sædvanlige kriterier om intensitet og rentabilitet. I forhold til denne vurdering var det af central betydning, om skatteyders løn fra G2 kunne indgå som en del af virksomhedens indkomst. Hertil bemærkede Højesteret, at kunstnervirksomheden ikke var en forudsætning for skatteyders stilling, og der er derfor »... ikke grundlag for rent undtagelsesvis at tage hans lønindtægt i betragtning ved bedømmelsen af rentabiliteten.«

Højesterets henvisning til, at der rent undtagelsesvis kan tages hensyn til en lønindtægt ved bedømmelsen af rentabiliteten, bekræfter, at lønindtægt i nogle tilfælde kan være en indkomstkilde i en hobbyvirksomhed. Udsagnet følger i forlængelse af en konstatering af, at kunstnervirksomheden ikke var en forudsætning for skatteyders ansættelse. Det kan derfor konkluderes, at det i hvert fald er en forudsætning, at skatteyders ansættelse er betinget af, at skatteyder udøver kunstnervirksomhed, for at lønindtægten bliver en del af virksomhedsindkomsten.

De to domme vedrører spørgsmålet, om lønindkomst kan indgå som en del af hobbyvirksomheden og dermed bidrage positivt til virksomhedens indkomstopgørelse. Det vil betyde, at der er mere indkomst til dækning af de afholdte udgifter, og det har derfor en direkte betydning for den samlede skattebetaling. Det kan konkluderes, at der lægges vægt på, at der eksisterer en nær og direkte sammenhæng mellem de forskellige aktiviteter, for at de alle kan anses for at vedrøre hobbyvirksomheden. I de konkrete sager var det ikke tilfældet for den aflønning, som skatteyderne opnåede fra almindelige ansættelsesforhold, mens det derimod var tilfældet for honoraret fra den bogudgivelse, som den ene kunstner stod bag.

En overordnet vurdering af praksis på dette område er, at den afspejler den praksis, der generelt gælder for sondringen mellem lønindkomst og erhvervsmæssig indkomst, hvor der kun undtagelsesvis kan være tale om, at indkomst, der er erhvervet i et tjenesteforhold, kan anses for at være virksomhedsindkomst. Denne afgrænsning gælder således også, selv om der er tale om en hobbyvirksomhed.

3.3. Tilskuds tilknytning til virksomheden

En anden problemstilling i forhold til afgrænsningen af, hvilke indkomster der kan henføres til virksomheden, knytter sig til spørgsmålet, om de tilskud, som blandt andet kunstnere opnår, kan indgå i virksomhedens indkomstopgørelse. I SKM 2013.241.HR var det en kunstners mulighed for at indregne ydelser fra Statens Kunstfond i indkomsten for hobbyvirksomheden, der var til vurdering.

Sagen vedrører en kunstner, der igennem en årrække havde modtaget flere forskellige former for støtte til sin kunst fra offentlige midler og fonde, herunder en livsvarig ydelse fra Statens Kunstfond. Denne ydelse er kendetegnet ved at være tildelt på baggrund af tidligere præstationer. Ydelsen gives således kun til personer, der »har en sådan kunstnerisk produktion bag sig, at vedkommende har placeret sig afgørende som kunstner«, jf. bekendtgørelse om Statens Kunstfond § 11.

Fire af Højesterets fem dommere fandt, at den livsvarige ydelse ikke havde karakter af vederlag for konkrete arbejder, da den blev ydet på grundlag af en vurdering af kvaliteten af kunstnerens hidtidige produktion. Der blev desuden lagt vægt på, at ydelsen var livsvarig, og derfor havde dens udbetaling ikke nogen sammenhæng med den kunstneriske aktivitet, som kunstneren i øvrigt måtte udføre. Derfor var den livsvarige ydelse ikke en indtægt, der vedrørte driften af kunstnervirksomheden, og den skulle derfor ikke indgå i indkomstopgørelsen for denne.

En enkelt dissentierende dommer finder dog, at ydelserne bør indgå som en del af kunstnervirksomhedens indkomst. Det begrundes med, at ydelserne, til trods for at de ikke er vederlag for konkrete kunstværker, »... må betragtes som vederlag til kunstneren for samfundets mere generelle nytte af den kunstneriske produktion ...«.

I SKM2013.534.HR indgår også spørgsmålet, om støtte fra Kunststyrelsen til et projekt kan indgå som en del af virksomhedens omsætning. Ved sagens behandling for Landsskatteretten blev det afgjort, at støtten ikke var en del af virksomhedens indkomst. Ved sagens behandling for Østre Landsret[23] fremgår det af Skatteministeriets påstand, at man ønsker frifindelse »... mod anderkendelse af, at A er berettiget til at medregne tilskudsbeløbet på 185.000 kr. ved opgørelsen af det økonomiske resultat af sin kunstneriske virksomhed for indkomståret 2007 ...«. De 185.000 kr. udgør et tilskud til et konkret projekt, der er ydet af Kunststyrelsen i indkomståret 2007. Med påstanden anerkender Skatteministeriet, at tilskuddet udgør en del af virksomhedens indkomst.

Østre Landsret gav Skatteministeriet medhold, og tilskuddet indgår derfor ved opgørelsen af virksomhedens indkomst for indkomståret 2007. Ved sagens behandling for Højesteret har skatteyder ikke klaget over sin skatteansættelse for 2007, så denne del af sagen har derfor fået sin endelige afgørelse ved Østre Landsret.

Da der er tale om, at Østre Landsret imødekommer Skatteministeriets påstand, skal der udvises en vis forsigtighed ved vurderingen af, hvilken betydning denne del af dommen har for opgørelsen af den skattepligtige indkomst i en hobbyvirksomhed. En konklusion må være, at tilskud til konkrete

[23] Østre Landsrets afgørelse er offentliggjort i SKM2011.450.ØLR.

projekter i virksomheden, som er ydet er Kunststyrelsen, udgør en del af hobbyvirksomhedens indkomst.

På baggrund af Højesterets dom i SKM2013.241.HR samt Skatteministeriets påstand i SKM2011.450.ØLR er en forsigtig konklusion, at for at et tilskud kan indgå i indkomstopgørelsen for virksomheden, skal der være tale om en honorering af den aktivitet, der udføres i virksomheden. Et tilskud, der godt nok har en vis tilknytning til aktiviteten, men som snarere har karakter af en honorering af skatteyders evner, end af dennes produktion, kan således ikke henføres til virksomheden.[24]

3.4. Sammenfatning

Afgrænsningen af den indkomst, der kan henføres til hobbyvirksomheden, har som nævnt indledningsvist dels betydning for rentabilitetsvurderingen, dels betydning for om der er indkomst, hvori udgifterne kan fradrages. Det vil være med til at formindske et eventuelt underskud og måske endda betyde, at virksomheden bliver overskudsgivende.

Problemstillingen byder på flere facetter, hvilket ovenstående afsnit bevidner, men et grundlæggende træk er, at den indkomst, som ønskes henført til hobbyvirksomheden, skal have en tilknytning til denne. De refererede sager vedrører i væsentlig grad problemstillinger for kunstnere, men til trods for dette er det vores vurdering, at praksis også indeholder retningslinjer, der kan gælde for hobbyvirksomhed generelt. Det er således af afgørende betydning, at de andre indkomstkilder, der ønskes henført til hobbyvirksomheden, skal have en konkret tilknytning til den aktivitet, der foregår i hobbyvirksomheden, for at indtægten derfra kan indgå i en samlet indkomstopgørelse.[25]

4. Indkomst ved salg af aktiver

En virksomheds bedømmelse som erhvervsvirksomhed eller hobbyvirksomhed har, som omtalt ovenfor i indledningen, en række skattemæssige konsekvenser.

På indkomstsiden medfører konstateringen af, at der foreligger en virksomhed, hvad enten der er tale om hobby eller erhverv, at indkomst herfra er skattepligtig efter statsskattelovens § 4. Som undtagelse til statsskattelo-

[24] Denne forklaring kan muligvis også rumme det forhold, at tidligere praksis giver mulighed for at indregne hektarstøtte og biblioteksafgift, jf. TfS 1997, 534, i virksomhedens indkomst, jf. i øvrigt den kritik af SKM2013.241.HR, som Danmarks Skatteadvokater har fremsat i deres henvendelse til Skatteudvalget, jf. Skatteudvalget 2012-13, SAU Alm. del Bilag 203.

[25] Jan Pedersen anfører i Skatteretten 1, 6. udgave, s. 273, at sideløbende aktiviteter bør opgøres hver for sig, men også at der bør foretages en bred bedømmelse af, om der foreligger en eller to virksomheder.

vens § 4 gælder statsskattelovens § 5, der hjemler skattefrihed for indkomst, der hidrører fra salg af ejendele, med mindre der er tale om næring eller spekulation. Denne forskel medfører, at når en hobbyvirksomhed genererer indkomst på baggrund af salg af aktiver, opstår der et spørgsmål, om indkomsten er omfattet af skattepligten efter statsskattelovens § 4 eller skattefriheden efter statsskattelovens § 5. Det skyldes, at hobbyvirksomheden skattemæssigt befinder sig i et limbo mellem den erhvervsmæssige virksomhed og det private, med den konsekvens, at grænsen mellem det private salg af formuegenstande og salg af genstande som led i hobbyvirksomheden bliver flydende. Spørgsmålet er ikke afklaret i hverken teori eller praksis,[26] og det er derfor uklart, hvornår et salg af formuegenstande er skattepligtigt som virksomhedsindkomst, og hvornår det er skattefrit som salg af private formuegenstande.

Et nyere styresignal berører problemstillingen. I SKM2011.282.SKAT beskrives retningslinjerne for, hvornår driften af væddeløbsstalde og stutterier er erhvervsmæssig som alternativ til, hvornår der er tale om en hobbyvirksomhed. I indledningen til styresignalet er det anført, at: »Avancen ved salg af en hest er kun skattepligtig, hvis hesten har indgået i en erhvervsmæssig virksomhed, eller hvis hesten er købt med henblik på videresalg med fortjeneste.« Det fremgår ikke klart af styresignalet, hvad der gælder, hvis avancen er opstået ved salg af en hest fra en hobbyvirksomhed. Men udsagnet fremstår umiddelbart som en udtømmende angivelse af, hvornår en avance er skattepligtig, og dermed lægger det op til en modsætningsslutning om, at avance ved salg af heste som led i en hobbyvirksomhed er skattefri.

Det ses dog ikke at være praksis, hvor skattefriheden ved salg af heste har været til vurdering. Det kan nok forklares med, at skattefrihed for selve afståelsen reelt er uinteressant, hvis aktiviteten er underskudsgivende. Underskuddet giver derimod anledning til, at der er fokus på at få virksomheden anset for at være erhvervsmæssig, da det vil give adgang til at modregne underskuddet i anden indkomst. Den foreliggende praksis vedrører derfor sondringen mellem hobbyvirksomhed og erhvervsmæssig virksomhed.[27]

Styresignalet forholder sig alene til driften af væddeløbsheste og stutterier, og udsagnet er alene relateret til avance ved salg af heste. På baggrund af styresignalet kan det derfor næppe konkluderes, at salg af aktiver i en hobbyvirksomhed altid kan ske skattefrit, hvilket heller ikke fremgår af praksis. Som et eksempel på, at et salg er anset for skattepligtigt, kan således nævnes TfS 1989, 244 LSR, hvor skatteyder var skattepligtig af indtægten fra salg af et kuld hundehvalpe. Det skal tilføjes, at det ikke var skattepligten, der

[26] Skatteretsrådets notat om indkomstopgørelsen i ikke-erhvervsdrivende virksomhed af 16. juni 2003.

[27] Det ses fx i SKM2013.524.VLR, hvor spørgsmålet var, om et stutteri kunne anses for at være en erhvervsmæssig virksomhed.

var til vurdering, men alene fradragsretten for de dertil hørende udgifter. Hertil kommer den betydelige praksis, der er på området for beskatning af hobbyvirksomhed, hvor det forudsættes, at indtægten er skattepligtig.

SKAT's styresignal om væddeløbsheste og stutterier på den ene side og den righoldige praksis for hobbyvirksomheder, der forudsætter skattepligt, på den anden side, giver anledning til et spørgsmål om, hvor grænsen går mellem det skattefrie henholdsvis skattepligtige salg af aktiver i en hobbyvirksomhed.

Og dermed bevæger diskussionen sig ind i området for den helt grundlæggende forskel på bestemmelserne i statsskattelovens §§ 4 og 5,[28] hvor statsskattelovens § 4 generelt vedrører den løbende indkomst, mens statsskattelovens § 5 vedrører afståelsen af formuegenstande. Men i nogle tilfælde bliver afståelsen af formuegenstande til en del af den løbende indkomst. Det er tilfældet, når afståelsen af formuegenstande sker som led i en erhvervsvirksomhed, og de afståede aktiver har karakter af omsætningsaktiver.[29] Det bliver altså afgørende, om formuegenstandene er en del af virksomheden, og dermed ligger sondringen også op ad den velkendte sondring mellem indkomsten og indkomstgrundlaget. Men en ting er at kunne forklare den teoretiske forskel på de to bestemmelser, noget andet er at kunne håndtere de to bestemmelser i praksis.

En afgørelse, hvor sondringen har haft betydning, er Vestre Landsrets tilkendegivelse i TfS 1996, 177 V, hvor det skulle vurderes, om den fortjeneste, der kunne konstateres ved et dødsbos salg og arveudlæg af en række malerier, var skattepligtig. Den afdøde skatteyder havde ernæret sig som kunstmaler i store dele af sit arbejdsliv. I perioden fra 1945-1968 havde han fremstillet en betydelig mængde billeder. Han var ophørt med at producere billeder i slutningen af 1960'erne. Da han ønskede et museum til sine billeder, havde han beholdt en stor del af billederne. Da han døde i 1988, indgik disse billeder i dødsboet, som solgte nogle af billederne, mens de øvrige billeder var blevet arveudlagt. Dødsboet havde argumenteret for, at der var tale om salg af privat indbo, da afdøde kun havde solgt få billeder i sin levetid, da han ikke havde ønsket at sælge sin samling. Han havde således ikke ernæret sig ved salg af malerier, og afståelsen var derfor skattefri.

Landsretten tilkendegav, at statsskattelovens § 4, stk. 1, litra a direkte hjemler, at vederlag for kunstnerisk virksomhed er skattepligtig, og at det ikke kun omfatter vederlag, der er opnået i umiddelbar tidsmæssig tilknyt-

[28] Aage Michelsen skriver i Indkomstbegrebet i Statsskatteloven, s. 30-31 i Statsskattelovens 100 års Jubilæum, SR-Skat 2003, nr. 3, at der hverken i 1903-loven eller i 1912-loven findes megen vejledning til, hvordan afgrænsningen mellem de to bestemmelser skal foretages.

[29] Se hertil Aage Michelsen i Indkomstbegrebet i Statsskatteloven, s. 32 i Statsskattelovens 100 års Jubilæum, SR-Skat 2003, nr. 3.

ning til produktionen af de pågældende kunstværker. Derefter lagde landsretten vægt på, at skatteyder, indtil sin død, havde bevaret muligheden for at sælge sine malerier. Der var således ikke blevet oprettet en mindesamling, ligesom hans arving ikke tog initiativ til at oprette en mindesamling, men derimod afhændede de billeder, der var blevet arveudlagt. Afståelsen af billederne kunne derfor ikke ske skattefrit efter statsskattelovens § 5.

En vurdering af landsrettens tilkendegivelse fører til, at det har betydning for skattepligten, at skatteyder har ernæret sig som kunstmaler, hvilket var hans eneste kilde til indtjening ved siden af nogle perioder med legater. Billederne har derfor været en del af hans kunstneriske virksomhed, og den lange besiddelsestid har ikke ændret på billedernes status som omsætningsaktiver. Landsrettens bemærkning om, at der, hverken før eller efter skatteyders død, er blevet oprettet en mindesamling, synes at blive anvendt som begrundelse for, at der ikke er disponeret over billederne på en sådan måde, at deres status som en del af virksomheden er ophørt. Derfor har de på tidspunktet for salg og arveudlæg fra dødsboet stadig karakter af omsætningsaktiver, og salget af billederne udløser derfor beskatning.

Afgørelsen antyder, at der ved vurderingen af, om en indkomst er omfattet af statsskattelovens § 4 eller § 5, skal lægges vægt på, om den afståede genstand er en del af virksomhedens aktivitet. I den konkrete sag ændrede den lange besiddelsestid ikke på, at malerierne stadig var resultatet af den udøvede virksomhed og dermed skattepligtige efter statsskattelovens § 4.

Et mere uklart tilfælde af sondringen mellem statsskattelovens §§ 4 og 5 fremgår af SKM2010.553.HR, hvor Højesteret skulle vurdere, om en professionel fodboldklubs indtægt i form af transfersummer var skattepligtig indkomst efter statsskattelovens § 4 eller en skattefri kompensation for opgivelse af kontraktrettigheder over den enkelte spiller, jf. statsskattelovens § 5. Transfersummen dækkede over, at klubben afstod retten til at bruge en given spiller, førend kontrakten med denne var udløbet. Højesteret afgjorde, at: »Til- og afgang af spillere – og de hermed i nogle tilfælde forbundne transferindtægter og -udgifter – må anses for at indgå som en sædvanlig del af klubbens driftsaktiviteter med henblik på at optimere de sportslige og økonomiske resultater.« Herefter konkluderede Højesteret, at transferindtægter ikke vedrørte selve indkomstgrundlaget, men derimod var skattepligtige efter statsskattelovens § 4 som »sædvanligt forekommende løbende indtægter.«

Det havde tidligere været opfattelsen, at en fodboldklubs salg af fodboldspillere var omfattet af næringsbegrebet i statsskattelovens § 5, hvorefter transfersummer var skattepligtige efter statsskattelovens § 4. Denne opfattelse var forladt, og det var derfor nødvendigt at afklare, om transfersummerne på anden vis kunne være omfattet af skattepligt efter statsskattelovens § 4, eller om de snarere var skattefrie efter statsskattelovens § 5. Dommen er derfor et eksempel på, at man befinder sig lige midt i grænse-

området mellem statsskattelovens §§ 4 og 5, da sondringen ikke kan afgøres med henvisning til, at der er tale om næring, men derimod skal afgøres ud fra en vurdering af, hvor meget statsskattelovens § 4, stk. 1, litra a kan rumme. Det bærer dommens præmisser også præg af, idet det på ene side anerkendes, at der er tale om salg af spillere, mens der på den anden side er lagt vægt på, at salget kan forbindes med klubbens driftsaktivitet. Der synes, ved skabelsen af forbindelsen til driftsaktiviteten, at være lagt vægt på, at salget er sædvanligt, og at der gennem salget tilstræbes en optimering af sportslige og økonomiske resultater, hvor i hvert fald sidstnævnte parameter kan siges at vedrøre driften.

Højesterets dom antyder, at det er afgørende, om afståelsen indgår som en sædvanlig del af indkomsterhvervelsen i den pågældende virksomhed, for i så fald vedrører salgssummen indkomsten og hidrører ikke fra afståelse af selve indkomstgrundlaget. I dommen fremhæver Højesteret således også, at transferindtægterne ikke vedrører selve indkomstgrundlaget.

De to domme tegner et billede af, at det ved sondringen mellem statsskattelovens §§ 4 og 5 er afgørende, om salget af en formuegenstand sker som en del af den aktivitet, som foregår i virksomheden.

Hobbyvirksomheden er kendetegnet ved ikke at være erhvervsmæssigt drevet, men det udelukker ikke nødvendigvis, at den aktivitet, der finder sted, kan karakteriseres som virksomhed i modsætning til en aktivitet, der alene vedrører privatsfæren. Som følge af hobbyvirksomhedens placering et sted mellem det erhvervsmæssige og det private opstår spørgsmålet, om det afståede aktivs tilknytning til driften på tilsvarende vis kan anvendes som begrundelse for skattepligt, eller om det snarere er det private element, der er afgørende.

SKM2013.39.SR vedrører blandt andet denne problemstilling. Sagen vedrører den billedhugger, hvis virksomhed ved byretten i Randers var blevet kvalificeret som en hobbyvirksomhed.[30] I det bindende svar blev Skatterådet forelagt en række spørgsmål om skattepligt henholdsvis skattefrihed af avancer fra afståede genstande. Billedhuggeren havde gennem nogle år haft salg af egenproducerede værker. Salgene var overvejende sket på to forskellige måder. Nogle af værkerne var blevet produceret på bestilling, mens andre var produceret med henblik på deltagelse i forskellige udstillinger, hvor kunstneren ønskede at sælge disse. Hvis værkerne ikke blev solgt på udstillingerne, blev de udstillet andre steder frem til et salg. Der blev ikke betalt honorar for deltagelse i udstillingerne.

Det første spørgsmål, Skatterådet blev bedt om at forholde sig til, var, om avancer opnået ved salg af egenproducerede kunstværker var skattepligtige efter statsskattelovens § 4 eller skattefrie efter statsskattelovens § 5. Der blev desuden spurgt til, om det ændrede på konklusionen, hvis kunstværket

[30] SKM2011.812.BR.

var fremstillet i et andet år end det, hvor værket blev solgt. Endelig blev der spurgt, om det havde betydning for beskatningen, at der var tale om salg af et bestilt kunstværk.

Skatteyder argumenterede med, at genstande, der produceres som led i en hobbyvirksomhed, ikke udgør hverken omsætningsaktiver eller varelager, men derimod skal betragtes som private formuegenstande. Da salgene hverken er sket som led i næring eller med spekulationshensigt, måtte der derfor være tale om skattefrihed. Der blev i den forbindelse henvist til styresignalet i SKM2011.282.SKAT om skattefrihed ved salg af heste som led i en hobbyvirksomhed.

Skatterådet fandt, at indkomsten ved salg af værker i hobbyvirksomheden var skattepligtig. I afgørelsen er det indledningsvist præciseret, at der er tale om en hobbyvirksomhed. Dernæst er der lagt vægt på, at kunstværket er udført som led i skatteyders kunstneriske virksomhed og derfor skattepligtigt, jf. statsskattelovens § 4. Det var uden betydning for denne vurdering, om der var tale om værker fremstillet til udstillinger eller på bestilling.

Skatteyder havde også udgivet en bog med støtte fra undervisningsministeriet. Skatteyder besad efter aftale med forlaget restlageret af denne bog, som skatteyder opfattede som en del af sit private indbo. Salget heraf kunne derfor ske skattefrit.

Også her indledte Skatterådet med at konstatere, at der var tale om en hobbyvirksomhed. Dernæst blev det konstateret, at der ikke var grundlag for at antage, at bogen var overgået til privat bohave, og derfor indgik indtægterne fra salget af bogen også som en del af skatteyders kunstneriske virksomhed.

Afgørelserne lægger vægt på, at indtægterne fra salg af kunstværker henholdsvis bøger indgår som en del af skatteyders kunstneriske virksomhed. Det svarer til den argumentation, der knytter sig til den grundlæggende sondring mellem statsskattelovens §§ 4 og 5, hvor det er afgørende, at salget af en formuegenstand sker som led i den aktivitet, der foregår i virksomheden. Skatterådets indledende konstatering af, at der er tale om en hobbyvirksomhed, må i denne forbindelse skulle forstås som en præcisering af, at der er tale om en aktivitet, der adskiller sig fra det rent private, og at modstykket til den erhvervsmæssige virksomhed ikke nødvendigvis er, at aktivet er privat. Hobbyvirksomheden befinder sig derimellem, og hvis aktivet knytter sig til virksomhedselementet, udløser afståelsen skattepligt.

Da der i retspraksis om sondringen mellem hobby og erhverv udelukkende ses på, om virksomheden er erhvervsmæssigt drevet eller ej, vil der ikke her være taget stilling til, om et salg af aktiver kan henføres til en hobbyvirksomhed eller betragtes som en afståelse af private formuegenstande. Derfor kan der næppe sættes lighedstegn mellem konstateringen af en hobbyvirksomhed i en sag om afgrænsningen hobby/erhverv og vurderingen af, om salg af aktiver indgår i en hobbyvirksomhed eller er salg af private for-

muegenstande. Sondringen mellem ikke-erhvervsmæssig virksomhed og erhvervsvirksomhed hviler således på nogle i praksis fastlagte kriterier om rentabilitet og intensitet, mens sondringen mellem statsskatteloven §§ 4 og 5 tager udgangspunkt i en diskussion af, om der er en virksomhed, og om afståelsen af aktiverne er en del af aktiviteten i virksomheden, eller en del af virksomhedens indkomstgrundlag. Skatteyder nedlagde da heller ikke i SKM2011.812.BR påstand om, at der slet ikke skulle være tale om en virksomhed.

Men denne konstatering giver anledning til et nyt spørgsmål om, hvornår der er tale om en virksomhed, og hvornår afståelsen af aktivet har en sådan tilknytning til en virksomhed, at afståelsen heraf er et led heri, som derfor udløser skattepligt med hjemmel i statsskattelovens § 4 som modstykke til det skattefrie salg af formuegenstande.

Udgangspunktet for vurderingen må være, om der kan statueres en virksomhed eller ej.[31] Det kan i den forbindelse overvejes, om skatteyders indsats i relation til skabelsen af aktivet har betydning. Praksis vedrørende afgrænsningen mellem hobby- og erhvervsvirksomhed understøtter til dels et synspunkt om, at arbejdsindsatsen i forbindelse med tilvirkning af aktiver i sig selv spiller en rolle i vurderingen, jf. også landsrettens tilkendegivelse i den tidligere omtalte TfS 1996, 177 V. Hvis skatteyder selv har lagt en arbejdsindsats i tilvirkningen af aktivet, taler dette i sig selv for, at der er tale om en form for virksomhed, hvad enten det er hobby eller erhverv. Hvis skatteyders tilvirkning af aktivet ligger inden for rammerne af den aktivitet, som virksomheden udgør, må det tale for, at salget af aktivet er skattepligtigt som en del af virksomheden.

Hvis der derimod blot er tale om videresalg af aktiver, som skatteyder ikke har arbejdet på, vil det umiddelbart være svært at knytte det enkelte salg til hobbyvirksomheden, medmindre virksomheden består i salg af de pågældende genstande. I så fald må skatteyder kunne anses for at være næringsdrivende med de pågældende aktiver – ikke nødvendigvis som erhvervsdrivende, men som alternativ til den rent private afhændelse af formuegenstande. I så fald vil beskatningen ske efter statsskattelovens § 4. Beskatning vil ved det blotte videresalg af aktiver også kunne komme på tale, hvis afståelsen af et aktiv kan anses for at være sket som led i spekulation.

Udover den arbejdsindsats, der er lagt i produktionen, kan formålet med aktiviteten også tænkes at have betydning for kvalifikationen som virksomhed. Hvis skatteyder har lagt sin aktivitet an, så der tilsigtes en vis omsætning, vil dette tale for, at der er tale om en virksomhed. Salg af et enkelt egenproduceret aktiv vil således næppe medføre, at der bliver tale om en virksomhed, mens det blotte videresalg af aktiver kan udgøre en virksomhed, hvis det er formålet med virksomheden. En gentagen produktion og

[31] Ole Bjørn SR-Skat 1998, 327. p. 329.

salg af aktiver kan også betragtes som virksomhed, hvor kriterierne om rentabilitet og intensitet bliver afgørende for, om den er erhvervsmæssig.

I tilfældet med billedhuggeren i SKM 2013.39.SR synes det klart, at skatteyderen har produceret værkerne med henblik på videresalg i en virksomhed. Der produceres værker enten på bestilling eller til deltagelse i udstillinger, hvor formålet er et salg af værkerne. Og derfor er salget af værkerne skattepligtig som en del af den udøvede virksomhed.

Konklusionen er derfor, at salg af formuegenstande i en hobbyvirksomhed udløser skattepligt, når afståelsen heraf er en del af virksomheden – også selv om denne ikke anses for at være erhvervsmæssig i skatteretlig forstand. En sådan forståelse giver også plads for, at der kan være skattefrie salg af formuegenstande i en hobbyvirksomhed. Det vil være tilfældet, når det solgte ikke vedrører indkomsten, men derimod indkomstgrundlaget. Det kan for eksempel være tilfældet, når der afstås et driftsmiddel, idet afskrivningsloven alene gælder for erhvervsmæssigt benyttede driftsmidler. Selv om der i praksis tillades afskrivninger i en hobbyvirksomhed, er der næppe hjemmel til at beskatte en eventuel gevinst.[32]

Hvis afståelsen af formuegenstanden skal være skattefri som afståelse af et privat aktiv, må det være en forudsætning, at aktivet ikke kan knyttes til en virksomhed, og her må det antages, at arbejdsindsats og formål med salget begge er forhold, der har indvirkning på, om der dels er en virksomhed, dels er en sådan tilknytning.

4.1. Sammenfatning

Afgrænsningen mellem statsskattelovens § 4 om skattepligt af indkomst fra virksomhed og statsskattelovens § 5 om skattefrihed for indkomst fra salg af private formuegenstande, giver som påpeget ovenfor særligt udfordringer for den skatteyder, der driver en hobbyvirksomhed med produktion og/eller køb og salg af aktiver. Konsekvenserne af, at en aktivitet kvalificeres som en hobbyvirksomhed, er velkendte. Underskud kan ikke fradrages, og indkomst bliver skattepligtig.

Vurderingen af, om der findes en virksomhed, må tage udgangspunkt i en analyse af formålet med aktiviteten og i hvilket omfang, skatteyder har lagt en arbejdsindsats ved frembringelsen af det solgte aktiv. Når der i praksis lægges vægt på netop formålet med aktiviteten, vil det kunne overvejes, om en argumentation om spekulationssalg kan give den, der driver hobbyvirksomhed, mulighed for at fradrage sine underskud. Afgørende for, om et salg er omfattet af spekulation, er, om aktivet er produceret eller erhvervet med gevinst ved videresalg for øje. Konsekvensen af et spekulationssalg er, at der skal foretages en avanceopgørelse på baggrund af den opnåede salgssum

[32] Skatteministeriets notat om indkomstopgørelsen i en ikke erhvervsmæssig virksomhed af 16. juni 2003.

samt de omkostninger, der er medgået til produktion af aktivet. Der stilles i disse tilfælde ikke krav om, at omkostningerne overstiger omsætningen, ligesom der ikke er begrænsninger i muligheden for at fradrage et eventuelt tab i anden indkomst.[33]

Der findes dog ikke praksis, hvor dette synspunkt har været fremført, og det er derfor uklart, om afståelsen af aktiver i en hobbyvirksomhed kan anses for at være sket med spekulationshensigt.[34]

5. Periodisering i hobbyvirksomheden

I dansk skatteret gælder der et princip om retserhvervelse og pligtpådragelse ved periodisering af indtægter henholdsvis udgifter. Med henvisningen til disse grundlæggende principper følger alene en konstatering af, at det er afgørende, at skatteyder har erhvervet ret til en indtægt eller pådraget sig pligt til afholdelse af en udgift. Det er ikke en anvisning af, hvilke kriterier der gælder for denne vurdering, da tidspunktet for retserhvervelse henholdvis pligtpådragelse afhænger af typen af skatteyder og typen af indtægt eller udgift.[35] For lønmodtageren gælder der således et kasseprincip; for den erhvervsdrivende er det afgørende, hvornår arbejdet er afsluttet i henhold til aftale, og ved afståelse af aktiver er det enten leverings- eller aftaletidspunktet, der er gældende.

Den, der driver en hobbyvirksomhed, er hverken erhvervsdrivende eller lønmodtager – og heller ikke honorarmodtager, hvilket åbner for et spørgsmål om, hvilke kriterier for periodisering der er gældende. Skatterådets afgørelse i SKM2013.39.SR forholder sig flere steder til spørgsmålet om periodisering. Afgørelsen giver anledning til en række overvejelser om periodisering i hobbyvirksomheden, som vil fremgå af det følgende. For et overordnet referat af afgørelsen henvises til afsnit 1.2.

5.1. Periodisering ved salg af aktiver

Ved vurderingen af de skatteretlige konsekvenser, der er forbundet med salget af skatteyders egne frembragte værker i SKM2013.39.SR, forholder Skatterådet sig også til periodiseringen. Skatteyder har konkret spurgt til et kunstværk, der første gang er udstillet i 2007, men først er solgt i 2012.

[33] Der henvises til SKM2003.449.LSR, hvor en skatteyder fik fradrag for tabet på en beholdning af champagne, idet erhvervelsen heraf fandtes at være sket som led i spekulation.

[34] I SKM2009.764.VLR fandt landsretten, at en lastbil ikke var erhvervet som led i spekulation, og der var derfor ikke fradrag for tabet. Skatteyder var uddannet mekaniker, han havde haft eget værksted, og han havde afholdt udgifter til istandsættelse af lastbilen. Der er dog ikke i sagen argumenteret for, at lastbilen har tilknytning til virksomheden, og Vestre Landsret lægger også alene vægt på, at der dels ikke var tale om en typisk spekulationsgenstand, dels var anskaffelsen båret af private interesser.

[35] Inge Langhave Jeppesen, Skatteretlig periodisering, s. 140.

Skatterådet argumenterer for, at kunstværket udgør en del af skatteyders kunstneriske virksomhed, og indtægten er derfor skattepligtig i salgsåret, jf. statsskattelovens § 4. Det svarer også til, at Højesteret i U.1980.1045.HR fastslog, at kunstnere beskattes i det indkomstår, hvor kunstværket sælges.

I SKM2013.39.SR finder Skatterådet, at det også gælder for skatteyders salg af bøger, hvor Skatterådet udtaler, at indkomsten ved salg heraf skal medregnes løbende i takt med salget af bogen. Dertil kommer en kort konstatering af, at opgørelsen for en hobbyvirksomhed sker som et nettoprincip, hvor indkomsten medregnes i erhvervelsesåret, ligesom der er fradrag for de udgifter, der er medgået til erhvervelse af indkomsten.

Det fremgår ikke klart af denne sidste konstatering, om det er de udgifter, der er afholdt i det pågældende indkomstår, der indgår i denne opgørelse, eller om det er de udgifter, der er medgået til skabelsen af det pågældende kunstværk, henholdsvis bogen, der kan fradrages – altså om der kan ske en aktivering af udgifterne indtil salget.

For de kunstnere, der er erhvervsdrivende, gælder det, at de kan vælge at anvende varelagerlovens regler, men de er ikke forpligtet dertil.[36] Hvis de vælger at anvende varelagerlovens regler, indebærer det en aktivering af det aktiv, som kunstværket udgør. Det fremgår af den juridiske vejledning, at værdien som minimum skal udgøre de udgifter, der er medgået til fremstillingen af værket.

Hvis den erhvervsdrivende kunstner omvendt vælger ikke at anvende varelagerlovens regler, betyder det, at indtægtsførelsen først finder sted i forbindelse med salget, men de kan samtidig fratrække udgifterne til fremstillingen heraf i takt med afholdelse af udgifterne. Udsagnet fremgår af den juridiske vejledning, hvor det er anført, at der gælder lempeligere periodiseringsregler for kunstnere, som skal tage hensyn til deres svingende indtægter.[37] Det lempelige må formodes at bestå i, at de, ved at fravælge varelagerlovens regler, kan fratrække udgifterne på et tidligt tidspunkt fremfor at aktivere dem indtil tidspunktet for salget af kunstværket.

Adgangen til at anvende varelagerlovens regler gælder for den erhvervsdrivende kunstner. Spørgsmålet er, om den kan overføres til den kunstner, der driver hobbyvirksomhed og til den person, der driver anden form for hobbyvirksomhed.

I afsnit 4 blev det fastslået, at salget af de aktiver, der er et resultat af den aktivitet, der finder sted i hobbyvirksomheden, er så tæt forbundet med selve virksomheden, at de udgør en del af virksomhedens indkomst, der er skattepligtig efter statsskattelovens § 4. Når det er tilfældet, må disse aktiver derfor også opfylde kravet om at være fremstillet eller købt med henblik på videresalg i virksomheden, hvilket giver dem karakter af et varelager. Det

[36] Den juridiske vejledning 2013-2, afsnit C.C.2.3.1.7.
[37] Den juridiske vejledning 2013-2, afsnit C.C.2.3.1.7.

forhold, at virksomheden ikke er erhvervsmæssig, kan ikke være afgørende for, om den kan have et varelager, når aktiverne besiddes med henblik på videresalg.

Det betyder til gengæld, at virksomheden ikke direkte kan anvende varelagerlovens regler. Men under hensyntagen til, at der er tale om fremstilling af og afståelse af et aktiv, får beskatningen karakter af en avanceopgørelse. Det taler for, at de udgifter, der er medgået til fremstillingen af aktivet, skal aktiveres som en del af anskaffelsessummen for det pågældende aktiv. Hensynet til kunstneres svingende indkomster, som i den juridiske vejledning er omtalt som årsag til, at disse kan undlade at anvende varelagerlovens regler, synes også at kunne anvendes over for de personer, der driver hobbyvirksomhed – med den argumentation, at hvis en aktivering af udgifterne ikke tillades, kan det betyde, at fradraget for udgifterne falder i et indkomstår, hvor der ikke er indtægter at modregne disse i.

Landsskatterettens kendelse i TfS 1989, 244 LSR bygger tilsyneladende også på denne opfattelse, idet der i salgssummen for nogle hundehvalpe i indkomståret 1985 gives fradrag for udgifter vedrørende hundehvalpene, som var afholdt i 1984. Landsskatteretten henviste til, at der var tale om »fornødne omkostninger«.

Det antages derfor, at det inden for rammerne af statsskattelovens §§ 4-6 er muligt at aktivere de udgifter, der er medgået til fremstilling af aktiver i en hobbyvirksomhed, således at det er nettofortjenesten fra det pågældende, der beskattes i salgsåret.

5.2. Periodisering af projektstøtte

I SKM2013.39.SR spørger skatteyder i spørgsmålene 3-6 til, hvordan retserhvervelsesprincippet skal forstås i forhold til indtægtsførelse af projektstøtte.

Skatteyder har oplyst, at hun forventer at få støtte af offentlige midler, men også af midler, der er søgt i fx en lokal forening. Støtten kan være betinget af, at der indsendes og godkendes et endeligt projektregnskab. Det er skatteyders opfattelse, at betingelsen om projektregnskabets godkendelse udskyder retserhvervelsestidspunktet, indtil projektregnskabet er godkendt.

Skatteyder argumenterer desuden for, at da projektstøtten ydes til dækning af en række udgifter, kan der opgøres et nettoresultat af projektet.[38] I

[38] Et tilsvarende synspunkt er fremført af skatteyder i SKM2011.450.ØLR, hvor skatteyder havde modtaget produktionsstøtte fra Kunststyrelsen i indkomstårene 2003, 2004 og 2007. Udgifterne ville for en dels vedkommende blive afholdt i senere indkomstår, og skatteyder havde derfor argumenteret for, at der skulle opgøres et nettoresultat, når projekterne var afsluttet. Da denne del af skatteyders påstand først blev fremført ved sagens behandling for landsretten, blev denne del af skatteyders påstand afvist af landsretten. Desuden ville det forudsætte en ekstraordinær genoptagelse af skatteansættelsen at behandle indkomstårene

lighed med praksis for igangværende arbejder skal det påvirke indkomstopgørelsen i det indkomstår, hvor projektet er endeligt afsluttet. Det vil sikre, at der ikke opstår en ubalance som følge af, at støtten beskattes i et indkomstår, mens de dertil hørende udgifter fradrages i et andet indkomstår, hvor de som følge af den manglende adgang til at fremføre underskud kan ende med reelt at være afholdt af private midler.

Skatterådet finder ikke, at betingelsen om godkendelse af projektregnskabet er en betingelse, der udsætter retserhvervelsestidspunktet. Skatteyder har derfor erhvervet ret til støtten på det tidspunkt, hvor der er opnået tilsagn herom. Ved denne vurdering er der lagt vægt på, at alle betingelser for udbetaling af støtten er til stede på tilsagnstidspunktet. Skatterådet henviser desuden i sin afgørelse til, at hvis det efterfølgende viser sig, at støtten nedsættes, kan skatteyder anmode om genoptagelse af skatteansættelsen, jf. bestemmelserne herom i skatteforvaltningsloven.

Til skatteyders argument om, at periodiseringen kan foretages efter de principper, der i praksis gælder for igangværende arbejder for fremmed regning, svarer Skatterådet, at indkomstopgørelsen i en hobbyvirksomhed sker efter et nettoprincip, jf. statsskattelovens § 4.; den sker på årsbasis, og det er ikke muligt at fremføre underskud. Derfor kan der heller ikke ske aktivering af udgifter, da det vil indebære en indirekte fremførsel af underskud til et senere indkomstår. Nettoprincippet i statsskattelovens § 4 fremstår således som det afgørende for Skatterådets afgørelse.

Når der henses til, at det er uklart, hvor hjemlen til dette nettoprincip for hobbyvirksomheden skal findes – udover almindelige billighedsbetragtninger,[39] kan det undre, at Skatterådet blot henviser til nettoprincippet efter statsskattelovens § 4 som grundlag for svaret på skatteyders forespørgsel. For princippet synes alene at udspringe af et ønske om at kunne forklare, hvorfor udgifter i en hobbyvirksomhed alene kan fradrages i indtægter fra hobbyvirksomheden med en kildeartsbegrænset fradragsret til følge.[40]

Det spørgsmål, der rejser sig, er, om dette nettoprincip, ud over at forklare den manglende adgang til at anvende underskud, også kan anvendes som udgangspunkt for at deducere løsninger af betydning for selve indkomstopgørelsen. Redegørelsen i afsnit 2 viser, at det i praksis er begrænsningen i anvendelsen af underskuddet, der har været til bedømmelse – og ikke selve indkomstopgørelsen, og det kan derfor ikke udelukkes, at periodiseringen i

---

2003 og 2004. Projektstøtten for 2007 blev indtægtsført i indkomståret 2007 som følge af Skatteministeriets påstand, og dommen forholder sig derfor ikke direkte til periodiseringen af støtten for dette indkomstår.

[39] Jf. konklusionen i Skatteretsrådets notat om indkomstopgørelsen i ikke-erhvervsmæssig virksomhed af 16. juni 2003. Der henvises desuden til afsnit 2.

[40] Skatteretsrådets notat om indkomstopgørelsen i ikke-erhvervsmæssig virksomhed af 16. juni 2003.

hobbyvirksomheden kan ske efter almindeligt gældende principper, uden at det vil bryde med den kendte retsfølge – at underskuddet ikke kan anvendes til modregning i anden indkomst.

Ser man på den projektstøtte, som skatteyder har modtaget, og de dertil hørende udgifter, er der tale om udgifter, der har en klar sammenhæng til en indtægt, men afholdes i indkomstperioder, der er forskellige fra den periode, hvor indkomsten blev erhvervet. Problemstillingen har karaktertræk til fælles med igangværende arbejder for fremmed regning, der netop også er kendetegnet ved, at der modtages betalinger på tidspunkter, der ikke nødvendigvis svarer til tidspunkterne for afholdelsen af de dertil knyttede udgifter.

Som bekendt har Højesteret i U.1981.968.HR, fundet, at der først er erhvervet endelig ret til indtægten herfra, når arbejdet er endeligt afsluttet i henhold til aftalen. Med denne fortolkning tilgodeses behovet for en matchning af indtægten, og de dertil hørende udgifter, gennem en passivering af modtagne betalinger og en aktivering af de afholdte udgifter indtil projektets afslutning. Fortolkningen fremgår ikke klart af statsskattelovens § 4, men er et eksempel på en fortolkning, der udfylder den rammelovgivning, som statsskattelovens §§ 4-6 udgør.

Når der henses til, at praksis for igangværende arbejder for fremmed regning hviler på en fortolkning af statsskattelovens § 4, og når der samtidig henses til, at en vis pragmatik har haft indflydelse på denne praksis, kan det ikke udelukkes, at disse principper også kan anvendes i forhold til periodiseringen af projektstøtte i en hobbyvirksomhed. Når det forudsættes, at de udgifter, der er afholdt i relation til projektet, ikke er private, vil en periodisering, i overensstemmelse med den praksis, der gælder for igangværende arbejder for fremmed regning, ikke betyde, at der skabes fradragsret for private udgifter, men vil alene sikre en matchning af indtægterne og udgifterne. Det underskud, som udgifterne måtte give anledning til, vil derimod blive anset for at være privat, forudsat at en vurdering af virksomhedens rentabilitet og intensitet fører til, at virksomheden ikke er erhvervsmæssig. Underskuddet vil i så fald skulle behandles i overensstemmelse med den praksis, der i øvrigt gælder for underskud i en hobbyvirksomhed.

Det nettoindkomstprincip, der udspringer af sammenhængen mellem statsskattelovens §§ 4 og 6, synes ikke at udelukke en sådan fortolkning, idet der gives fradrag for udgifter, som har en klar sammenhæng med en indtægt og derfor opfylder det grundlæggende krav om at være afholdt med henblik på at erhverve, sikre og vedligeholde indkomst.[41]

En sådan løsning vil respektere, at aktiviteten i en hobbyvirksomhed er virksomhed. Den er blot ikke erhvervsmæssig. Og derfor er udgifterne i en

[41] Vurderingen af, hvilke udgifter der kan fradrages, vil selvfølgelig hvile på en sædvanlig vurdering af, om de er omfattet af statsskattelovens § 6. Private udgifter vil derfor ikke kunne fratrækkes.

sådan virksomhed heller ikke private. Det er derimod det underskud, som udgifterne resulterer i, hvis indtægterne i virksomheden ikke kan dække udgifterne.

5.3. Sammenfatning

Problemstillingerne i relation til periodisering i hobbyvirksomheden ses ikke tidligere at være vurderet i praksis. Den usikkerhed, der knytter sig til indkomstopgørelsen for en hobbyvirksomhed, betyder, at en henvisning til nettoprincippet næppe kan anvendes som grundlag for svar på spørgsmål vedrørende periodisering. Hvis der tages udgangspunkt i, at det særlige for hobbyvirksomheden er, at det underskud, den genererer, skal anses for at være båret af private interesser, synes det at tale for, at periodiseringen af indkomsten i hobbyvirksomheden kan ske efter almindelige periodiseringsprincipper.

Den fortolkning, som Skatterådet lægger op til, synes at bygge på en opfattelse af, at der for hobbyvirksomheden gælder et princip om indkomstårets ukrænkelighed, forstået som, at indtægter, der er indgået i perioden, er skattepligtige i den periode, og udgifter, der er afholdt i perioden, er fradragsberettigede i den periode. Det vil resultere i en nettoindkomst, der alene er resultatet af ind- og udbetalinger i perioden, uden hensyntagen til sammenhængen mellem disse i øvrigt, og uden hensyntagen til periodiseringsprincipper i øvrigt.

Det er vores opfattelse, at der ikke ved opgørelsen af indkomsten for hobbyvirksomheden kan argumenteres for, at indkomsten skal opgøres fuldstændig uden hensyntagen til indkomstperioder før og efter det pågældende indkomstår, men at den derimod skal opgøres efter de principper, der i øvrigt gælder. Resulterer indkomstopgørelsen på dette grundlag i et underskud, kan dette underskud ikke modregnes i anden indkomst, idet det anses for at være udtryk for en privat disposition.

6. Afsluttende bemærkninger

Som det ses af ovenstående, giver anvendelsen af reglerne i statsskatteloven, her 110 år efter deres indførelse, stadig anledning til en række uklarheder og deraf afledte afgørelser. Vi har med denne artikel givet et overblik over nogle af de problemstillinger, der dukker op, og vurderet disse med udgangspunkt i den eksisterende teori og praksis.

Samlet set står hobbyvirksomheden i et skattemæssigt limbo med ønsket om fradrag for underskud som selvstændigt erhvervsdrivende på den ene side og med ønsket om den skattefrie afståelse af private aktiver på den anden. Som følge af placeringen midt i mellem to skatteretlige kategorier viser den foreliggende praksis, at indkomstopgørelsen bliver en for skatteyder

uheldig kombination af beskatning af gevinst og ingen fradrag for underskud.

En del af disse uhensigtsmæssigheder kan løses ved at tage udgangspunkt i, at der er tale om en virksomhed, og så foretage indkomstopgørelsen efter almindeligt gældende principper, herunder en konkret vurdering af, om de afholdte udgifter er anvendt for at erhverve, sikre og vedligeholde indkomst, eller om de snarere er private.

I det omfang, virksomheden derefter giver underskud, vil dette fortsat ikke kunne anvendes, og dermed er det overordnede hensyn om ikke at give fradrag for udgifter til varetagelse af personlige interesser sikret.

Lægdommere
– boligrettens legitimitet?

af

Jakob Juul-Sandberg

1. Indledning og afgrænsning af emnet

I medfør af lejelovens bestemmelser kan der medvirke lægdommere under hovedforhandlingen i sager i boligretten. Reglerne derom er indeholdt i lejelovens kapitel XVIII. Formålet med medvirken af lægdommere i lejesager ved boligretterne var oprindeligt at tilstræbe en ensartet praksis på et område, hvor huslejenævnene ikke havde kunnet løfte denne opgave. Siden har lægdommerordningen bestået og er forudsætningsvist legitimeret i en tilsikring af ensartet praksis, men også i, at tvister på et kompliceret retsområde kan løses under medvirken af dommere med en særlig ekspertise. Boligrettens saglige kompetence er ikke blevet ændret ved domstolsreformen i 2007. Fra politisk side har man således ikke villet ændre på boligrettens status som »specialdomstol« på trods af bl.a. indførelsen af småsagsprocessen i retsplejeloven.

Efter Domstolsreformen kan der måske sættes spørgsmålstegn ved boligrettens fortsatte berettigelse som selvstændigt »domstolsorgan« – eller »specialdomstol« – når der er i retsplejeloven er hjemmel til at nedsætte byretten med 3 juridiske dommere eller med medvirken af sagkyndige dommere. Man kan på den baggrund overveje, om de særlige karakteristika i form af lægdommermedvirken, der oprindeligt blev begrundet i behovet for særlig indsigt i lejelovens komplicerede regler om lejeforhøjelser[1], og i de sociale beskyttelseshensyn, som i et vist omfang kommer til udtryk i lejelovgivningens bestemmelser, stadig legitimerer boligrettens eksistens.[2]

Ordningen med lægdommere i boligretssager er i dag nærmest enestående i dansk civilret, og lægdommersystemet i lejelovgivningen, hvor parterne i tvisten kan medvirke til at udpege lægdommeren – der er udpeget af en interesseorganisation – er også blevet kritiseret, jf. f.eks. Retsplejerådets be-

[1] »Den fremtidige huslejepolitik« – Betænkning afgivet af Boligministeriets huslejeudvalg I af 1948 (s. 150).

[2] Se også hertil diskussionen i U 2007 B s. 17 f.: »Afskaf boligretterne« af *Otto Bisgaard*; U 2007 B s. 92 f.: »Bevar boligretterne« af *Keld Frederiksen*; og U 2007 B s. 152 f.: »Afskaf boligretterne II« af *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen*.

tænkning 1401/2001, hvor det bl.a. fremgår, at »... der er imidlertid store betænkeligheder ved at give parterne medindflydelse på, hvilke personer der skal dømme i sagen. En sådan ordning findes i dag alene i boligretssager, og erfaringerne herfra med hensyn til at styrke rettens sagkundskab er generelt ikke gode, idet lægdommerne ofte i højere grad opfatter sig som partsrepræsentanter end som sagkyndige«.[3]

I denne artikel belyses regelgrundlaget og en række af de juridiske problemstillinger, som lægdommerordningen i boligretterne kan give anledning til, med henblik på en vurdering af den fremtidige funktion og berettigelse af ordningen og dermed af boligretten som specialdomstol.

Lægdommere anvendes inden for strafferetsplejen i medfør af retsplejelovens regler efter hjemmel i grundloven. Lægdommere i strafferetsplejen medvirker som domsmænd, nævninge eller som sagkyndige retsmedlemmer, jf. retsplejelovens § 20 b. Desuden kan der deltage lægdommere både i by- og landsret. Ordningerne er i forhold til lægdommerordningen i boligretten ikke umiddelbart sammenlignelige, da spørgsmål om beskikkelse, udpegelse og i store træk også funktion er forskellig, ligesom den historiske baggrund er det. Der er således tale om en formel afgrænsning i forhold til sagens karakter og betydning, som ikke eksisterer i relation til, hvilke sager, der kan udpeges lægdommere til i boligretten. Desuden er der ikke tale om forhold, som er undergivet forhandling eller aftale mellem parterne i sagen. Ved en vurdering af lægdommerordningen i boligretten, er lægdommerordningen i strafferetsplejen derfor ikke umiddelbart sammenlignelig, hvorfor omtalen heraf ikke inddrages i det følgende.

Til gengæld vil fremstillingen indeholde referencer til den i retsplejeloven hjemlede adgang til, efter rettens bestemmelse, at lade byretten tiltræde af sagkyndige dommere, idet der kan argumenteres for, at denne ordning helt eller delvist kan træde i stedet for lejelovens regler om boligretten, da de sagkyndige dommere i et stort omfang inddrages under samme forudsætninger og på samme vilkår, som lægdommerne i boligretten. Begrebsmæssigt sondres der herefter i det følgende mellem »lægdommere« og »sagkyndige dommere«, idet omtalen af de sagkyndige dommere vil falde i de enkelte relevante afsnit.

2. Lægdommerordningen

2.1. Kort historik

Boligretterne bestod oprindeligt (fra 1937) af en formand og to lægdommere. Reglerne var præceptive. Der bestod også frem til 1951 en særlig voldgiftsret – »erhvervsboligret« – der skulle behandle spørgsmål om erhvervs-

[3] Betænkning 1401/2001: »Reform af den civile retspleje I – Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans«, s. 242 og s. 257.

beskyttelse i henhold til »Lov om Beskyttelse af Erhvervsvirksomheder i lejet Ejendom«, hvor der også skulle tiltræde 2 lægdommere udover de, der fulgte af Lejelovens bestemmelser.

I 1951 blev den gældende lejelovgivning sammenskrevet, herunder ophørte eksistensen af den særlige »erhvervsboligret«[4] og ordningen med boligretter og lægdommere udvidet på grund af de boligforhold, der var opstået som en følge af 2. verdenskrig, således at der, udover boligretten i Københavns Kommune, blev indført boligretter ved alle retskredse i landet.[5]

Ved ændringerne af lejelovgivningen i 1967 blev reglerne om »erhvervsboligretten« og den særlige boligret i København ophævet.

I 1975 blev det nugældende regelsæt indført (lejelovens § 107, stk. 2). Det præceptive krav om medvirken af lægdommere i boligretssager blev ophævet, og medvirken af lægdommere skulle herefter alene ske efter en af parternes begæring eller rettens bestemmelse.

2.2. Hjemlen

Betingelsen for, at der kan medvirke lægdommere under behandlingen af tvister i retten, er grundlæggende, at der er tale om en sag omfattet af boligrettens kompetence.

Det følger af lejelovens § 107, stk. 1, at »tvister om lejeforhold, der er omfattet af denne lov, kan, hvis spørgsmålet ikke efter loven kan indbringes for huslejenævnet eller i Københavns Kommune for ankenævnet, i 1. instans indbringes for byretten. Retten benævnes boligretten«. En tilsvarende bestemmelse, med henvisning til beboerklagenævnet, findes i lov om leje af almene boliger § 107, stk. 1. Af erhvervslejelovens § 76, stk. 1 følger det også, at »Tvister, som udspringer af denne lov eller lejeaftalen, om lokaler, der er omfattet af denne lov, indbringes i 1. instans for byretten. Retten benævnes boligretten«.

Hvis sagen er omfattet af boligrettens kompetence, er det uden betydning, om der er tale om en småsag omfattet af retsplejelovens kapitel 39 om småsager. Der er ingen hjemmel i kapitel 39, der generelt undtager boligretssager, og der kan også medvirke lægdommere i småsager.[6] Se også nedenfor i afsnit 5.

Det følger af lejelovens § 107, stk. 2, at »retten tiltrædes af 2 lægdommere, såfremt en af parterne i retssagen begærer det, eller retten bestemmer, at

[4] Der bestod fortsat særlige regler for processen i tvister om erhvervsbeskyttelse, jf. 1951-lejeloven §§ 122-124, bl.a. kunne der her udmeldes yderligere 2 lægdommere.

[5] L 1951 251 § 119.

[6] Se generelt om boligrettens saglige kompetence hos *Jakob Juul-Sandberg* i T:BB 2012.591 ff.

lægdommere skal medvirke«.[7] Lejelovens §§ 108-110 indeholder regler om beskikkelse, kundskaber, habilitet og udtagelse, jf. straks nedenfor.

3. Beskikkelsen af lægdommere

Lægdommerne beskikkes af landsretspræsidenterne for 4 år ad gangen. De beskikkede udpeges efter forhandling med de større foreninger af grundejere i retskredsen og de større lejerforeninger.

De pågældende personer opføres på to lister, hvorfra retten efter forhandling med parterne udvælger en fra hver liste til den konkrete sag.[8] De, der beskikkes, skal have dansk indfødsret, være myndige og uberygtede. De må ikke være under værgemål efter værgemålslovens § 5[9] eller under samværgemål efter værgemålslovens § 7, og deres bo må ikke være under konkursbehandling. Ophører nogen af de nævnte betingelser med at være opfyldt, tilbagekaldes beskikkelsen. Personer, der er fyldt 65 år eller kan anføre anden rimelig fritagelsesgrund, eller som har været beskikket for mindre end 4 år siden, kan begære sig fritaget for at blive beskikket.

I mange tilfælde er der tale om personer, der er involveret i arbejdet i de pågældende foreninger – eller har været det. Der kan være tale om de samme personer, som også er repræsentanter i huslejenævnene. Der er i mange tilfælde en stor kontinuitet blandt de beskikkede. De sidder sjældent kun i en periode af 4 år. Disse betragtninger er dog udokumenterede, da der ikke foreligger nogen tilgængelig statistik om lægdommernes profession, andre hverv, alder mv. Betragtningerne baserer sig alene på egne erfaringer som advokat, dommer og huslejenævnsformand.

3.1. Hvem bliver beskikket

Der stilles ingen uddannelsesmæssige krav til en lægdommer. Der vil forudsætningsvis blive udpeget personer til listerne, som har indblik i forskellige lejeretlige forhold, f.eks. i privatudlejning, erhvervslejeforhold eller lejeforhold i almene boliger, hvilket også afspejler interesserne i de organisationer eller foreninger, der indstiller en person til brug for listen.

Advokater eller andre jurister optræder ofte på listen både på udlejer- og på lejersiden,[10] hvilket kan ske i modsætning til lægdommere inden for strafferetsplejen, jf. retsplejelovens § 70, hvorefter »ministre, advokater, advokatfuldmægtige, centraladministrationens, domstolenes, anklagemyndighedens, overøvrighedens, politiets og fængselsvæsenets tjenestemænd og

[7] Se *Eva Schmidt m.fl.*: Strafferetsplejen, 2. udg., 2008, s. 57 ff.

[8] Se også *Otto Bisgaard* i U 2007 B 17 og *Keld Frederiksen* i U 2007 B 92.

[9] LBKG 2007 1015.

[10] Jf. Boligministeriets besvarelse af spørgsmål stillet af Boligudvalget (spg. 24 af 6. marts 1996 B-57145-1, bilag 151, svar af 18. april 1996). *Preben Bang Henriksen og Stephan Muurholm*: Erhvervslejeret, 1997, s. 303.

øvrige personale samt sognefogeder og folkekirkens og de anerkendte trossamfunds gejstlige« er udelukkede fra at være nævninge og domsmænd. Det fremgår ikke af retsplejelovens regler om sagkyndige dommere i kapitel 9 b, at advokater eller jurister ikke kan udpeges som sagkyndige dommere.

Også huslejenævnsmedlemmer kan blive lægdommere i boligretterne – naturligvis med de begrænsninger, der følger af habilitetsreglerne, jf. nedenfor, og f.eks. U 2011.2979 VLK (T:BB 2011.671).

3.2. Krav til sagkundskaber mv.

Det følger af lejelovens § 109, stk. 1, at de, der beskikkes som lægdommere, skal være »kendt med bolig- og huslejeforhold«, og parterne i en tvist i boligretten er oftest meget opmærksomme på, hvem der udpeges til en konkret sag. *Allan Thomsen* beskriver det således,[11] at »det er selvindlysende, at det er overordentligt vigtigt, at de lægdommere, som udpeges, rent faktisk har sagkundskab vedrørende den aktuelle tvist«.[12]

Formuleringen i lejelovens § 109 svarer til, hvad der er angivet i boligreguleringsloven om kravet til huslejenævnsmedlemmerne (§ 36, stk. 3), hvorfor forarbejder mv. relateret til denne bestemmelse kan danne udgangspunkt for forståelsen af lejelovens § 109, stk. 1 også, idet der ikke findes specifikke bemærkninger til støtte for en fortolkning i forarbejderne til lejeloven.

Ordlyden af boligreguleringslovens § 36, stk. 3 i dag er lig den oprindelige ordlyd ved bestemmelsens indførelse i lejeloven i 1951.[13] Denne lov byggede på en betænkning fra Boligministeriet.[14] Heraf fremgik det bl.a., at de kompetencer med hensyn til godkendelse af huslejeforhøjelser, som indtil da var varetaget af kommunalbestyrelserne, i stedet skulle varetages af et huslejenævn, idet de fleste kommunalbestyrelser ikke rådede over den fornødne sagkyndige kompetence eller mulighed for bistand. Det følte som en mangel, at sager, der vedrørte lejelovens komplicerede regler om lejeforhøjelser, ikke blev afgjort af organer, der talte repræsentanter for lejere og grundejere. Om de pågældende potentielle nævnsmedlemmer fremgik det alene af betænkningen, at udvalget lagde vægt på, at der skulle være tale om repræsentanter for henholdsvis grundejere og lejere, uden at betænkningen videre forholdt sig til indholdet af kravet om sagkundskab.[15]

[11] *Pernille Backhausen m.fl.*: Proceduren, 3. udg., 2009, s. 619.

[12] Se også *Niels Grubbe*: Erhvervslejeloven, 1993, s. 163 om, hvad lægdommerne kan tilføre sagen.

[13] L 1951 251.

[14] »Den fremtidige huslejepolitik« – Betænkning afgivet af Boligministeriets huslejeudvalg I af 1948.

[15] »Den fremtidige huslejepolitik« s. 150.

I 1955 blev der, for at sikre at det pågældende nævnsmedlem havde »fornøden« indsigt i større ejendommes forhold, til bestemmelsen tilføjet, at grundejerrepræsentanterne i de større kommuner skulle være udlejer af mindst fem lejemål.[16] Man må derved have forudsat, at sagkundskaben ikke kun skulle være illusorisk, men at der skulle være tale om, at den pågældende havde nogle konkrete erfaringer, der kunne understøtte en vurdering af en tvist om f.eks. lejefastsættelse. Kravet blev fjernet ved indførelsen af nugældende boligreguleringslov i 1979. Det fremgik af forarbejderne som begrundelsen herfor, at »når der sker valg efter indstilling fra organisationer, kan det næppe være påkrævet at stille særlige betingelser. Hvis en organisation indstiller en person, der ikke opfylder betingelsen, må det formodes, at organisationen har tillid til, at den pågældende uanset dette vil kunne udføre hvervet på rimelig vis«.[17]

For lægdommere i boligretten kan kravene til sagkundskab dog formentlig ikke opstilles helt så bredt, da dommerne udpeges fra sag til sag, og nogle lægdommere vil forudsætningsvist have andre sagkundskaber end andre, da det også er forskellige organisationer eller foreninger, der indstiller lægdommere. Grænserne kan derfor i stedet også i forhold til kompetence (faktisk kendskab til lejeforhold) forudsætningsvis søges i forhold til, hvornår det tillades, at en syn- og skønsforretning (udmeldt efter retsplejelovens regler) skal træde i stedet for lægdommernes vurdering. Hvis forholdene, der er omtvistet, er omfattet af lægdommernes sagkundskaber, vil der ikke kunne udmeldes syn og skøn. En tidligere gældende lejelovs affatning (1975) indeholdt en direkte bestemmelse (§ 71, stk. 5) om, at lægdommernes besigtigelse skulle træde i stedet for syn og skøn ved vurderinger af lejeniveauet. Denne bestemmelse udgik ved indførelsen af den nugældende lejelov. I forarbejderne fremgik det som begrundelse, at »hensigten med disse ændringer er, på den ene side, at fastslå, at lægdommernes særlige indsigt vedrørende lejeforhold bevirker, at besigtigelse – ligesom efter hidtidig praksis – vil kunne træde i stedet for syn og skøn, men at der på den anden side kan tænkes situationer, hvor der er et særligt behov for at få den ekspertise, der ligger i syn og skøn, f. eks. hvor spørgsmålet vedrører en ejendoms handelsværdi. Derimod skønnes det ikke ønskeligt at afskære muligheden for syn og skøn, hvor der ønskes en vurdering af forhold, der forudsætter sagkundskab, som lægdommerne ikke kan formodes at besidde«.[18]

I retspraksis sættes grænsen for lægdommernes kendskab til bolig- og huslejeforhold også ved stillingtagen til byggetekniske forhold, genanskaf-

[16] § 70 i 1955-lejeloven (L 1955 116). *Frederiksen og Ehlers*: Lejeloven, Kommenteret udgave, 1955, s. 161.
[17] Folketingstidende 1978-1979, Tillæg A sp. 2567 ff.
[18] Folketingstidende 1978-1979, Tillæg A sp. 2401 ff.

felsesværdier, handelspriser og andre forhold, hvor det er nødvendigt med en specialviden, der kræver særlig baggrund og uddannelse.[19]

I T:BB 2007.728 VLK blev syn og skøn ikke tilladt for boligretten i en sag, der drejede sig om omfanget af moderniseringsudgifter i en ejendom. Udgifterne fandtes fuldt ud dokumenterede, hvorfor der ikke var grundlag for, at der blev afholdt syn og skøn, for at boligretten kunne vurdere, om de var afholdt med rimelighed. Hvor der er tale om dokumentation for, hvorvidt og i hvilket omfang der er udført arbejder på en ejendom, kan der gives tilladelse til syn og skøn, selvom der medvirker lægdommere, jf. f.eks. GD 2009.42 VLK.

Der ses ikke at have været tvister for domstolene, om en lægdommer var tilstrækkelig kompetent, når der ses bort fra habilitetsforhold, men spørgsmålet ville kunne prøves.

3.3. Beskikkelse af sagkyndige dommere

Sagkyndige dommere beskikkes af landsretspræsidenterne, jf. retsplejelovens § 92. Beskikkelsen foretages efter indstilling af de organisationer, som justitsministeren godkender hertil, jf. retsplejelovens § 93, stk. 1, f.eks. Forbrugerrådet, Finansrådet, HK Danmark og Ledernes Hovedorganisation – altså organisationer, der også har partsinteresser, jf. i tilknytning hertil retsplejelovens § 94, stk. 1. Der er hjemmel til at udpege ikke-indstillede (§ 93, stk. 2 og § 94, stk. 2-3), hvilket af Sø- og Handelsretten benyttes til at genbeskikke dommere, der ikke længere er indstillet af deres organisation. [20] De formelle krav til beskikkelse er i øvrigt tilsvarende de, der gælder for lægdommere til boligretten.

3.4. Sagkyndige dommeres sagkundskaber

Ved gennemførelsen af domstolsreformen i 2007[21] blev der indført mulighed for, at der i byretssager kunne udmeldes sagkyndige dommere, jf. rets-

[19] Se *Jakob Juul-Sandberg*: Det lejedes værdi, 2. udg., 2010, s. 284 ff., herunder henvisninger om syn og skøn i boligretssager i forhold til lægdommernes sagkundskab til: *Ole Gangsted-Rasmussen* i U 1970 B 57, *Otto Bisgård* i Fuldmægtigen 1985, s. 78 f., *Niels Grubbe*: Erhvervslejeloven s. 168 f., *samme* i Proceduren, 2. udg., 1980, s. 313 f. – *Allan Thomsen* i Proceduren, 3. udg., 2009, s. 619 f., *Niels Gesner*: Erhvervslejeret, 2. udg., 1993, s. 291 f., *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 31-35, *Kallehauge og Blom*: Kommenterede lejelove, 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.

[20] Se også *Michael B. Elmer* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 45 f.

[21] L 2006 538.

plejelovens § 20 og § 94. Formålet var at åbne for øget brug af sagkyndige dommere i civile sager ved de almindelige domstole.[22]

Det fremgår af retsplejelovens § 93, stk. 4, at »... de, der beskikkes, skal være i besiddelse af indgående og tidssvarende praktisk kendskab til vedkommende sagsområde«. Af forarbejderne[23] fremgår det blandt andet yderligere om sagkundskaben, at »... en sagkyndig dommer kan give retten en specifik faglig indsigt, som en juridisk dommer sjældent besidder. En sagkyndig dommer kan også, i kraft af sit eget kendskab til pågældende livsområde, have større mulighed for indlevelse i parternes situation«.

Retten skal træffe afgørelse, om der skal medvirke sagkyndige dommere, på baggrund af et skøn over, hvorvidt de sagkyndige dommeres fagkundskab er af betydning for sagen[24] – et moment, som ikke har betydning for, om der udpeges lægdommere til boligretterne. Det illustreres f.eks. af, at der kan udpeges lægdommere til at tage stilling til tvister, der er omfattet af reglerne i retsplejelovens kapitel 39 om småsager, uden hensyn til sagernes materielle indhold i øvrigt. Der kan måske tilsvarende udpeges sagkyndige dommere til en sag omfattet af reglerne i retsplejelovens kapitel 39, men retsplejelovens § 404 modsætningsvist taler imod.[25]

Medvirken af sagkyndige dommere begrænses ikke – ligesom medvirken af lægdommer i boligretten – umiddelbart af, at der under sagen foretages syn og skøn inden for rammerne af de forhold, hvorom de sagkyndige dommere har deres viden, jf. f.eks. U 2008.16 VLK, hvor byretten, med henvisning til forarbejderne til retsplejelovens § 20, anførte, at medvirken af sagkyndige dommere ikke skal træde i stedet for bevisførelse i sagen. Landsretten stadfæstede. Se også FM 2011.110 VLK samt modsat U 2008.566 ØLK og U 2010.377 V.[26]

[22] Se Betænkning 1401/2001: »Reform af den civile retspleje I – Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans«, s. 250 f.

[23] Betænkning 1401/2001: »Reform af den civile retspleje I – Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans«, s. 250 f.

[24] Jf. f.eks. U 2012.2475 VLK og U 2011.1473/1 H samt *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen*: Den civile retspleje, 2. udgave, 2010, s. 158. Se også *Clement Salung Petersen* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 83 f.

[25] Jf. *Clement Salung Petersen* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 87, der lægger til grund, at der kan udpeges sagkyndige dommere i småsager, bl.a. med henvisning til nogle statistiske oplysninger fra Domstolsstyrelsen.

[26] *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen*: Den civile retspleje, 2. udgave, 2010, s. 149, *Erik Hørlyck*: Syn og skøn, 4. udg., 2011, s. 24 f., samt *Clement Salung Petersen* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 84 f.

Der kan ikke både deltage sagkyndige dommere og lægdommere i en boligretssag, jf. også nedenfor i afsnit 4.3.

Lægdommere (og sagkyndige dommere) deltager i afgrænset omfang i forberedelsen af hovedforhandlingen, jf. lejelovens § 110, stk. 2 og nedenfor i afsnit 5.

4. Udpegelse til boligretssagen

Lægdommeren er ikke fast for en afdeling i retten eller for en given periode inden for de 4 år, som lægdommeren er udpeget for, eller til en bestemt sagstype. Udpegelsen sker fra sag til sag. Parterne i en tvist i boligretten har ret til at pege på den lægdommer fra listen, som de ønsker. I de fleste retskredse kan listen findes på rettens hjemmeside. I andre retskredse skal man vistnok stadig anmode om at få listen fremsendt.

Boligrettens dommer, rettens forberedelsesafdeling eller andre i retten kan ikke, uden at have hørt parterne, udpege en lægdommer eller udpege en lægdommer i strid med partens ønske. Ikke uden at have hørt parten i hvert fald, jf. lejelovens § 110, stk. 1, hvorefter udmeldelsen skal ske efter forhandling med parterne. I den konkrete sag forudsættes det også, at de lægdommere, der udpeges, har kendskab til den sagstype, som sagen omhandler qua deres tilhørsforhold til den organisation eller forening, der har indstillet dem; men det er ikke noget, der skal påses af boligretten, som formentlig ikke kan tilsidesætte en parts anmodning om udpegelse af en lægdommer til en given sag, fordi boligretten finder, at den organisation eller forening, der har udpeget den pågældende, ikke repræsentere det pågældende retsområde, som sagen vedrører – f.eks. erhvervslejeret eller almenlejelovgivningen.

I U 1996.1268 Ø anmodede lejers advokat om, at formanden for en afdeling af Lejernes Landsorganisation blev udtaget som den ene lægdommer. Afdelingen havde rådgivet lejerne forud for retssagen, men formanden havde efter det oplyste ikke kendskab til sagen. Boligrettens formand bestemte – uden yderligere forhandling og uden deltagelse af lægdommere – ved beslutning til retsbogen og uden nogen begrundelse, at en anden lægdommer skulle udtages. Landsretten udtalte, at boligrettens formands beslutning om at udtage en anden lægdommer end den, kærende havde indstillet, ikke kunne ske uden forhandling med parterne, jf. lejelovens § 110, stk. 1. Boligrettens motivation har, selvom det ikke fremgik, formentlig været, at den pågældende kunne være inhabil. Dette vil dog heller ikke, selv om det havde fremgået, være fornøden begrundelse til at udpege en anden lægdommer uden forudgående høring af de i sagen involverede parter – og lægdommeren selv.[27] Se også om inhabilitet nedenfor i afsnit 5.

[27] Jf. også *Niels Gangsted-Rasmussen*: Erhvervslejemål, 7. udgave, 2011, s. 213. Fra ældre praksis se U 1952.653 ØLD, *Ehlers* i Juristen 1954.82 samt U 1980.466/2 ØLK.

Der kan ikke udpeges dommere, der ikke fremgår af listen, idet de derved ikke er formelt beskikkede, jf. lejelovens § 108, stk. 2 og U 2009.849 V (T:BB 2009.241), hvor en anmodning om, at der i en boligretssag blev udpeget personer i sagen som lægdommere, som ikke var beskikket som lægdommere, ikke blev taget til følge. Tvisten vedrørte lejefastsættelse i en erhvervsejendom beliggende centralt i Hjørring. Det var ikke muligt at foreslå en lægdommer fra grundejerlisten med bopæl i Hjørring Kommune. Da lokalkendskab af parterne skønnedes af stor vigtighed, fremsatte de med henvisning til retsplejelovens § 94, stk. 3, begæring om, at der blev udpeget en grundejerrepræsentant, der ikke var opført på listen. Byretten anførte, at de lægdommere, der er fastsat regler om i lejeloven, ikke kan sidestilles med de sagkyndige, der er fastsat regler for i retsplejelovens kapitel 9 b. Da der i lejeloven er fastsat nøje regler for, hvordan lægdommerne beskikkes og udpeges til den enkelte sag, fandtes henvisningen i lejelovens § 112 til retsplejeloven derfor ikke at omfatte retsplejelovens kapitel 9 b. Da der således ikke i lejeloven var hjemlet samme adgang for retsformanden til at udpege lægdommere, der ikke er beskikket, kunne parternes anmodning herom ikke tages til følge. Landsretten stadfæstede kendelsen.

Den lægdommer, som en part ønsker udpeget, kan være indisponibel. Oftest vil problemer i relation hertil kunne imødekommes derved, at parterne under sagsforberedelsen anmodes om at afgive 2-3 ønsker til, hvem de ønsker udpeget som lægdommer. Når lægdommeren er udpeget, kan der ikke udpeges en anden dommer i stedet for, hvis lægdommeren allerede har deltaget i processen, f.eks. ved at have medvirket ved afsigelse af kendelser eller ved deltagelse i delhovedforhandlinger, jf. f.eks. T:BB 2012.166 VLK. Dette udgangspunkt kan kun fraviges, hvis parterne er enige om det, eller der foreligger særlige omstændigheder, som f.eks. at en lægdommer afgår ved døden, bliver alvorligt og længerevarende syg eller viser sig at være blevet inhabil. Hensynet til sagens fremme – f.eks. at lægdommere ikke kan deltage i hovedforhandlingen grundet lovligt forfald – kan i situationen, hvor lægdommeren har deltaget i sagsforberedelsen, ikke i sig selv føre til, at en ny lægdommer skal udpeges, jf. også T:BB 2012.166 VLK.

Hvis der skal udpeges en ny lægdommer – i stedet for en allerede udmeldt – skal det også ske efter forhandling med parterne, jf. lejelovens § 110, stk. 1.

Såfremt parterne under sagsforberedelsen har tilkendegivet, at de ikke ønsker lægdommere, vil de været bundet heraf, jf. T:BB 2007.404 VLK. Der vil være tale om en bindende procesaftale.[28] Formelle indsigelser mod den udpegede lægdommer kan måske også afskæres, jf. f.eks. U 1999.1663/2 ØLK, hvor en boligretsdommer var udpeget af dommerkontoret uden forud-

[28] Se også *Michael Kistrup* og *Bernard Gomard*: Civilprocessen, 6. udg., 2007, s. 544 ff.

gående underretning af lejeren. Denne (lejerens advokat) rejste ikke straks indsigelse og måtte anses at have godkendt udtagelsen.

Se dog også U 2003.1966 ØLK (T:BB 2003.424), hvorefter en indsigelse mod en lægdommers habilitet kan rejses, selvom spørgsmålet tidligere har været drøftet, og *Preben Bang Henriksen* i T:BB 2009.3 f.: »uanset om en part har »accepteret« den pågældende lægdommers forhold, så er habilitetsspørgsmålet suverænt rettens afgørelse, jfr. blandt andet *Eva Schmidt* i U 1998 B 375, og parterne kan således også senere protestere mod en lægdommer af samme grund, som tidligere drøftet under sagen...«.

4.1. Habilitet

Spørgsmål om lægdommerens habilitet skal afgøres efter samme regler, som ville gælde for andre dommere, jf. lejelovens § 110, stk. 1 med henvisning til retsplejelovens § 60, stk. 1 og § 61. Det samme gælder sagkyndige dommere. Habilitetsreglerne skal dog ses i lyset af, at der er tale om personer, der er udpeget af interesseorganisationer eller foreninger, og som må forventes at have en relation til den pågældende organisation eller forening. På den anden side kan det ikke fuldstændigt udelukkes, at netop tilknytningen til disse interesseorganisationer i en konkret sag ville kunne medføre inhabilitet.

Spørgsmålet er ikke prøvet i dansk ret; men se f.eks. Langborger vs. Sweden, hvorefter det ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blev afgjort, at det fandtes i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, artikel 6, stk. 1, at der, ved afgørelsen af en tvist om anvendelsen af en klausul i en lejekontrakt, havde deltaget lægdommere udpeget af henholdsvis lejer- og udlejerorganisationer ved pådømmelsen af sagen. Klageren (lejeren) fik medhold i, at begge organisationer umiddelbart havde en interesse i, at den pågældende klausul bestod, hvorfor de udpegede lægdommere i den konkrete situation var inhabile.[29]

Der er en række trykte retsafgørelser om lægdommerens habilitet, jf. U 1952.653/1 ØLD, U 1955.1061/1 ØLK, U 1982.208 VLK, U 1994.25/2 ØLK, U 1995.379 ØLD, U 1997.217 VLK, U 1998.1736/1 (T:BB 1999.27) ØLK, U 1999.1663/2 (T:BB 1999.386) ØLK, T:BB 2000.189/1 ØLK, T:BB 2002.285/1 ØLK, U 2002.1144 ØLK (T:BB 2002.264), U 2003.1966 ØLK (T:BB 2003.424), T:BB 2004.337 B, T:BB 2005.304 ØLK, U 2006.1348 ØLK (T:BB 2006.412), T:BB 2007.14 ØLK, U 2008.1045 ØLK (T:BB 2008.260), U 2011.89 ØLK (T:BB 2011.72) samt U 2011.2979 VLK (T:BB 2011.671). Relativt set er der dog næppe tale om nogen bemærkelsesværdig

[29] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 22.6.1989 (11179/84). Se også *Anders Victorin*: The Langborger case – en kommentar ur hyresrättslig synvinkel, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, 1989/90, s. 386 f.

høj procentdel af antallet af sager, hvor dette spørgsmål tages under pådømmelse.

En række »typetilfælde« kommer af og til op. Hvis en udlejerrepræsentant f.eks. ejer ejendomme i det kvarter, hvor lejemålet, som en tvist vedrørende lejefastsættelse angår, ligger, vil der som udgangspunkt foreligge omstændigheder, der er egnede til at rejse tvivl om denne dommers fuldstændige upartiskhed, jf. U 2011.89 ØLK (T:BB 2011.72) og *Preben Bang Henriksen* i T:BB 2009.3. Der rejses også spørgsmål om lejerrepræsentantens tilknytning til den lejerforening, som lejeren eventuelt er medlem af, jf. U 2006.1348 ØLK.

Lægdommeren, der også er huslejenævnsmedlem, vil ikke kunne medvirke i boligretssager, hvor han har medvirket til at træffe afgørelse som nævnsmedlem. Habilitetsreglerne vil dog som udgangspunkt ikke »fange« sager, hvor den pågældende lægdommer skal træffe afgørelse i en tvist, hvor en af hans kollegaer (f.eks. fra samme organisation eller forening) tidligere har truffet afgørelse som huslejenævnsmedlem. Det kan ikke udelukkes, at lægdommeren i øvrigt vil være påvirket af en situation, hvor han måske må stemme for en tilsidesættelse af huslejenævnets (flertals) og dermed afgørelser fra personer, der er hans kollegaer i andre sammenhænge. Dette forhold kan også gælde formanden for huslejenævnet, hvor denne er dommer, og hvor den pågældendes dommerkollegaer efterfølgende skal vurdere sagen ved indbringelsen for boligretten.[30]

En advokat kan være lægdommer, og advokaten er ikke inhabil som lægdommer, fordi han har ført/fører sager mod den person/det selskab (den koncern), som nu er involveret i en tvist, hvor den pågældende advokat er udpeget, jf. forudsætningsvist også U 2002.1144 ØLK (T:BB 2002.264) og T:BB 2005.304 ØLK.[31] Det gælder dog ikke, hvis de sager, der føres, har eller kan få betydning for den sag, hvori advokaten er udpeget som lægdommer. Har advokaten klienter, der bor i tilstødende lejemål, hvor samme tvist verserer eller er latent, vil advokaten dog være inhabil. Har advokaten tidligere (men ikke længere) haft den lejer/udlejer, der har peget på vedkommende som lægdommer, som klient, vil dette formentlig ikke i sig selv føre til inhabilitet.

Hvis der rejses indsigelse mod lægdommerens habilitet, skal den samlede boligret – inklusive den dommer, som indsigelsen er rejst mod – træffe afgørelse om spørgsmålet, jf. U 1955.1061/1 ØLK og U 1994.25/2 ØLK. Uagtet at parterne måtte være enige om, at der foreligger inhabilitet, er det et spørgsmål, som boligretten skal tage stilling til.

[30] Se også herom *Keld Frederiksen* i U 2007 B 92.

[31] Se også utrykt ØLK af 24. juni 2010 (B 1519-10) samt utrykt ØLK af 30. august 2012 (B 2583-12). I begge sager afgjorde landsretten, at der ikke forelå inhabilitet hos advokaten, der var lægdommer.

4.2. Sagkyndige dommeres habilitet

Hvis der opstår spørgsmål om en sagkyndig dommers inhabilitet under sagens forberedelse, kan retsformanden alene træffe afgørelse herom, medmindre der er særlig anledning til at inddrage de sagkyndige dommere til at deltage i afgørelsen, jf. U 1983.80 H.[32]

Se også f.eks. U 1983.570 SH og U 1993.655 SH med tvist om sagkyndige dommeres habilitet. Det er tilsvarende retsplejelovens § 60 og § 61, der finder anvendelse.[33]

4.3. Flere juridiske dommere – og/eller sagkyndige dommere – i boligretssager?

Retsplejeloven åbner i dag, som anført ovenfor, mulighed for, at byretten kan tiltrædes af sagkyndige dommere, jf. retsplejelovens § 20 eller af 3 juridiske dommere, jf. retsplejelovens § 12, stk. 3. Dette kunne være en argumentation for, at lægdommerordningen i boligretterne skulle afskaffes eller indordnes. Se også nedenfor i afsnit 7.

Med henvisning til kravene til lægdommernes sagkundskaber må det kunne lægges til grund, at der i dag ikke i en boligretssag kan udpeges sagkyndige dommere efter retsplejelovens § 20 sammen med eller i stedet for lægdommere.[34] I U 2013.1981 VLK fandtes bestemmelsen i retsplejelovens § 12, stk. 3 at kunne finde anvendelse i tvister, der behandles af skifteretten. Det blev tillagt betydning, at dette fremgår direkte af forarbejderne til dødsboskiftelovens § 98.[35] I skifteretten deltager der heller ikke lægdommere, så der er ikke grundlag for en analog slutning.

Hvis der skal medvirke juridiske dommere i en boligretssag, kan der argumenteres for, at formålet med lægdommerne helt eller delvist tilsidesættes, da der vil være en ubalance i relation til afstemning mv. mellem de juridiske dommere og lægdommerne. Omvendt er der hjemmel til at henvise en boligretssag til landsretsbehandling, jf. retsplejelovens § 226, hvor der ingen lægdommere medvirker, men boligretssager, hvor en af parterne ønsker, at der skal medvirke lægdommere, kan dog ikke henvises til landsretten, jf. U 1996.599 ØLK.[36] Hvis parterne er enige om, at sagen kan behandles uden medvirken af lægdommere, og sagen af byretten vurderes at være principiel, kan henvisning ske, jf. U 1993.379 H, U 2005.3292 VLK og U 2008.826 Ø

[32] Se også *Michael Kistrup* og *Bernard Gomard*: Civilprocessen, 6. udg., 2007, s. 185 (note 27), og nedenfor i afsnit 6.

[33] Se også *Michael B. Elmer* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 50.

[34] Det fremgår også direkte af forarbejderne til § 20 – LFF 2006 168 »Forslag til lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love«.

[35] LFF 1995-1996.1.120, side 81.

[36] *Michael Kistrup* og *Bernard Gomard*: Civilprocessen, 6. udg., 2007, s. 94 (note 15).

(T:BB 2008.184). Hvis således parterne er enige om det, og hvis betingelserne for, at tre juridiske dommere kan deltage er opfyldt, jf. retsplejelovens § 12, stk. 3, vil der måske kunne gives tilladelse til, at der deltager 3 juridiske dommere og 2 lægdommere i boligretten.[37]

Spørgsmålet er ikke afklaret i retspraksis. I T:BB 2008.697 V gjorde lejeren i et lejemål tilhørende en kommune under behandling af en sag om lejefastsættelse efter boligreguleringslovens § 5, stk. 1, gældende, at kollegial behandling af sagen efter retsplejelovens § 12, stk. 3, var påkrævet. Anmodningen blev især begrundet med, at sagens udfald ville have betydning for flere hundrede andre lejere, hvis leje måtte antages at være fastsat på samme måde. Landsretten afviste lejerens begæring, da sagen i det væsentlige omhandlede, hvorvidt der forelå tilstrækkelig dokumentation for udgifter til forbedring, hvilket måtte bero på en konkret vurdering. Endvidere blev der på den baggrund henvist til, at der ikke var udsigt til, at sagen kunne få væsentlig betydning for andre end parterne. Præmisserne fra boligretten og landsretten indeholdt ikke en stillingtagen til lægdommernes rolle eller betydning for spørgsmålet.

I U 2010.78 VLK (T:BB 2010.31) skulle en sag om fortolkning af boligreguleringslovens § 39, stk. 1 behandles af tre juridiske dommere efter retsplejelovens § 12, stk. 3. Ifølge landsrettens præmisser var der dog »næppe« tale om var en boligretssag.

5. Lægdommernes inddragelse i sagen

Lægdommere deltager efter lejelovens § 110, stk. 2 ikke i forberedelsen af hovedforhandlingen, medmindre retshandlingen består i afhøring af parter, vidner, afhjemling af syn og skøn eller afsigelse af kendelse om et omtvistet punkt. Det vil sige, at lægdommerne skal inddrages i alle kendelser, hvorom der er uenighed mellem sagens parter, herunder også om lægdommerens egen inhabilitet, jf. ovenfor, om sagen skal løftes ud af småsagsprocessen og om omfanget af bevisførelsen. Under forberedelsen af hovedforhandlingen kan forligsmægling dog foretages af formanden alene, jf. lejelovens § 112, stk. 2.

Udgangspunktet må være, at lægdommerne skal have adgang til alle sagers dokumenter og indflydelse på, hvordan de bliver tilvejebragt. Boligrettens formand kan ikke alene træffe afgørelser om, at bilag skal udgå af sagen, jf. U 2011.2434/2 VLK (T:BB 2011.619), hvor en part protesterede, og U 2000.2196 VLK (T:BB 2000.475/1), hvor parterne endda var enige om, at den juridiske dommer kunne træffe afgørelsen. Landsretten begrundende sin afgørelse med, at bestemmelsen i lejelovens § 110, stk. 2, navnlig måtte antages at have til formål at sikre, at rettens formand ikke på egen hånd under

[37] Se tilsvarende (også tvivlende) *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen*: Den civile retspleje, 2. udgave, 2010, s. 158.

forberedelsen – mod en parts protest – træffer afgørelser, som afskærer eller på anden måde angår lægdommernes mulighed for at bedømme sagens beviser. Da det herefter ikke under forberedelsen på forhånd kunne udelukkes, at bilaget kunne være af betydning for sagen, burde der ikke – uden tilladelse af lægdommerne – være truffet afgørelse om, at bilaget skulle udgå af sagen, jf. principperne i retsplejelovens § 341 og § 222.

Er der tale om spørgsmål alene af processuel karakter, som ikke er af betydning for adgangen til bevisbedømmelse, f.eks. fremsættelsen af et nyt anbringende, jf. U 1996.717/1 ØLK, kan boligrettens formand træffe afgørelsen uden lægdommerne. Afgørelsen tog ikke stilling til, hvorvidt fremsættelsen af anbringendet kunne have betydning for sagens afgørelse, eller om dette kunne tillægges nogen betydning for, om lægdommerne skulle inddrages. Se fra ældre praksis også Juristens Domssamling 1956.49 B – afsigelse af udeblivelsesdom uden lægdommere samt U 1953.632 Ø – afgørelse om udsættelse af domsforhandlingen kunne træffes uden deltagelse af lægdommere.[38]

Se også U 2013.1930 ØLK, hvorefter lægdommere ikke skulle medvirke ved afgørelse om tilladelse til delhovedforhandling i en sag om lejefastsættelsen i et erhvervslejemål, da dette »var et processuelt spørgsmål, der ikke afskar lægdommerne fra bevisførelse og ikke angik sagens egentlige tvistepunkter«.

Men grænsen er hårfin. I T:BB 2011.262 VLK nægtede retten, på et tidspunkt, hvor der endnu ikke var udpeget lægdommere, en part at anmode en allerede udpeget skønsmand om at foretage en opmåling af lejemålet. Kendelsen kæres principalt med anmodning om hjemvisning, da kendelsen var afsagt uden medvirken af lægdommere. Boligrettens kendelse blev stadfæstet med den begrundelse, at der var tale om et processuelt spørgsmål i relation til sagens oplysning og ikke sagens tvistepunkter, hvorfor byretsdommeren kunne træffe afgørelse i medfør af erhvervslejeloven § 76, jf. lejelovens § 110, stk. 2. I lyset af de øvrige kendelser og selve det forhold, at parterne var uenige om forudsætning og grundlag for et processkridt, synes afgørelsen at være forkert. Se hertil også U 2007.1368 VLD (T:BB 2007.329), hvor en beslutning om ikke at indhente en redegørelse om sagen fra huslejenævnet (i medfør af boligreguleringslovens § 43, stk. 4) skulle have været foretaget af den samlede boligret.

I U.2013.327 ØLK var der i forbindelse med en tvist om lejefastsættelsen i et erhvervslejemål under boligsagens forberedelse afholdt syn og skøn. Efter skønserklæringens fremkomst anmodede sagsøgeren om nyt syn og skøn mod sagsøgtes protest. Dommeren besluttede ikke at tillade syn og skøn. Sagsøgeren kærede afgørelsen til landsretten, der bl.a. anførte, at sagsøgeren i stævningen for byretten havde anmodet om, at sagen blev behandlet under

[38] Se endvidere *Michael Kistrup* og *Bernard Gomard*: Civilprocessen, 6. udg., 2007, s. 85.

medvirken af lægdommere, jf. lejelovens § 107, stk. 2. Da boligrettens afgørelse således angik et omtvistet punkt vedrørende bevisførelsen, der i øvrigt ville kunne have betydning for sagens afgørelse, fandtes spørgsmålet at skulle afgøres under medvirken af lægdommere, jf. § 110, stk. 2. Boligrettens beslutning ophævedes derfor, og sagen hjemvistes til fornyet behandling under medvirken af lægdommere. Tvister om, hvilke sagsakter, der skal sendes til en skønsmand, skal også afgøres af den samlede boligret, jf. f.eks. GD 2013.23 ØLK.

Som anført ovenfor skal lægdommerne, også under sagens forberedelse, medvirke til at træffe afgørelse om (deres egen) inhabilitet, hvilket ikke er et bevisspørgsmål; men dog i de fleste tilfælde et forhold, som der er tvist om.

I hvilket omfang lægdommernes sagkundskab har betydning under sagens forberedelse kan diskuteres, hvor der f.eks. er tale om, at et bilag skal udgå af sagen, eller hvorvidt et spørgsmål skal kunne stilles til en skønsmand. Enten skal lægdommerne medvirke til alle processkridt, som kan indeholde aktuel eller potentiel tvist, uanset om deres funktion kan have en betydning, eller også skal ordningen være den, at lægdommerne slet ikke involveres i sagsforberedelsen, og kun skal træffe afgørelse på grundlag af det materiale, som bliver dem forelagt under hovedforhandlingen uden viden om, hvordan det er tilvejebragt (således som domsmænd som udgangspunkt medvirker i straffesager).

Mest taler dog for, at ordningen i boligretten dag er rigtig på dette punkt. Der er tale om civilretlige sager omfattet af forhandlingsmaksimen. Lægdommernes deltagelse kan medvirke til at få skåret sagen rigtigt til, og man undgår, at lægdommerne senere (under hovedforhandlingen) kan påpege eventuelle mangelfulde forhold i sagen og/eller vil være afskåret fra at medvirke til en fuldstændig bedømmelse af sagens beviser, jf. også landsrettens afgørelse i U 2000.2196 VLK (T:BB 2000.475/1) refereret lige ovenfor.

5.1. Sagsomkostninger

Lægdommerne skal medvirke ved afgørelse om sagsomkostninger efter afholdelsen af hovedforhandlingen, selvom hjemlen hertil ikke ligger i lejelovens § 110, stk. 2. Men dette vil også gælde, såfremt sagen bliver forligt indenretligt – eller udenretligt – før hovedforhandlingen, og det overlades til retten at træffe afgørelse om sagens omkostninger, jf. U 1997.1453 ØLK.

I tilfælde, hvor forliget indgås tidligt i processen, vil lægdommerne måske endnu ikke være udpeget, og den juridiske dommer vil da formentlig kunne træffe afgørelsen alene, da dette kan karakteriseres som et processuelt spørgsmål – og et spørgsmål som ikke umiddelbart ligger inden for lægdommerens sagkundskaber. Det følger også af lejelovens § 112, stk. 2, 1. pkt., hvorefter forligsmægling under forberedelsen af hovedforhandlingen kan foretages af formanden alene.

I praksis vil omkostningsspørgsmålet – når der voteres umiddelbart efter hovedforhandlingen – blive drøftet efter oplæg fra den juridiske dommer. I nogle tilfælde vil sagsomkostningerne blive fastsat af den juridiske dommer, i forbindelse med at dommen skrives. Lægdommerne vil da godkende omkostningsfastsættelsen derved, at de godkender det udkast til dommen, som de vil modtage, inden den formelt afsiges i forhold til parterne.

5.2. Forberedelsen af småsager

Hvis sagen er omfattet af boligrettens kompetence, er det uden betydning, om der er tale om en småsag omfattet af retsplejelovens kapitel 39 om småsager. Der er ingen hjemmel i kapitel 39, der generelt undtager boligretssager, og der kan således medvirke lægdommere i småsager, besigtiges lejemål med videre.[39]

Er en boligretssag således formelt set en småsag, fordi betingelserne i retsplejelovens § 400 er opfyldt, vil det også være reglerne i retsplejelovens kapitel 39, der finder anvendelse med hensyn til sagens forberedelse, jf. f.eks. U 2010.330 ØLK, U 2011.2409 VLK (T:BB 2011.603, FM 2011.240), FM 2012.218 VLK, FM 2012.275 ØLK, FM 2012.296 ØLK og U 2012.3443 VLK.

Det medfører, at det er retten, der forbereder sagen, jf. retsplejelovens § 406, stk. 2. I boligretssager, der er og behandles som småsager efter retsplejelovens kapitel 39,[40] kan der udpeges lægdommere, hvis parterne begærer det. Lejelovens kapitel XVIII finder således anvendelse, idet reglerne i retsplejelovens kapitel 39 ikke vedrører den saglige kompetence.

Ordlyden af retsplejelovens § 406, stk. 2 kan læses således, at det er retten, der har kompetencen til at beslutte, om lægdommerne skal inddrages i forberedelsen. Dommeren bør dog under alle omstændigheder inddrage lægdommerne, hvis der er begæret lægdommere udpeget til deltagelse under hovedforhandlingen – men se dog *Otto Bisgaard* i U 2007 B 17 med det argument, at der ikke kan opstå tvister under sagens forberedelse, da denne gennemføres af retten: »Det må således anses for udelukket, at der kan blive

[39] Se også *Jakob Juul-Sandberg* i T:BB 2012.591 ff.

[40] Der findes ingen statistiske oplysninger, der dokumenterer omfanget af anvendelsen af lægdommere i boligretssager eller i småsager. Det skyldes, at domstolene ikke har nogen indberetning eller indtastning i sagsbehandlingen, der genererer en statistik på, om der medvirker lægdommere, eller på boligretssager, der er småsager. Disse registreres som småsager, og der gemmer sig derfor et antal boligretssager i denne kategori, som ikke kan læses af statistikkerne over antallet af boligretssager ved domstolene. Ifølge de statistiske oplysninger fra Domstolsstyrelsen, der er offentliggjort på www.domstol.dk, er antallet af sager behandlet af de danske domstole, som er benævnt boligretssager, faldet med ca. 50 % i perioden fra 2005 til og med 2010. I hvilket omfang indførelsen af retsplejelovens kapitel 39 om småsager har effekt på disse tal efter 2008, er det ikke muligt at udlede.

brug for at anvende lægdommere under forberedelsen af en lejesag, der behandles i småsagsprocessen«. Se tillige *Allan Thomsen,* der anfører, at kun såfremt retten beslutter det, medvirker der lægdommere under sagens forberedelse; men ligeledes, at det ikke synes holdbart, at lægdommerne ikke medvirker under forberedelsen, hvis de skal medvirke under hovedforhandlingen.[41]

Retsplejelovens § 406 tager dog ikke (særligt) stilling til spørgsmålet om forberedelsen af boligretssager. Når det antages som sikkert, at lægdommerne kan udpeges – at lejelovens kapitel XVIII finder anvendelse på boligretssager, der er småsager – må samme regler for lægdommernes inddragelse under forberedelsen finde anvendelse, således at sagen tilrettelægges som en anden boligretssag, hvor der deltager lægdommere under hovedforhandlingen. Derved får lægdommerne samme fuldstændige indsigt i og adgang til vurdering af bevisførelsen.

Spørgsmålet er i øvrigt ikke omtalt i forarbejderne. I forbindelse med gennemførelsen af Domstolsreformen konsekvensrettede man blandt andet lejelovens § 112, stk. 2 uden at forholde sig til, om der skulle ske en tilpasning i forhold til f.eks. småsager.

I U 2010.330 Ø fastslog landsretten, at en afgørelse om henvisning til almindelig proces efter retsplejelovens § 402, stk. 1 kunne træffes uden medvirken af lægdommere. Det kan dog måske siges at være en afgørelse af processuel karakter, og retstilstanden er ikke herved afklaret.

Spørgsmålet er uomtalt i andre kendelser om (afvisning på) henvisninger – se U 2011.2409 VLK (T:BB 2011.603, FM 2011.240), FM 2012.218 VLK, FM 2012.275 ØLK, FM 2012.296 ØLK og U 2012.3443 VLK) – og i øvrigt ikke behandlet i trykt praksis.

Selvom inddragelsen af lægdommere kan virke procestyngende for en småsag, kan man vel med rette omvendt sige, at udpegelsen af lægdommere i nogle situationer kan virke procesbesparende i forhold til indhentelsen af sagkyndige erklæringer mv. Alternativt bør retsplejeloven præciseres på dette punkt, jf. også nedenfor i afsnit 7.

5.3 Votering/afstemning

Voteringen (rådslagning) skal foregå umiddelbart efter sagens optagelse til dom eller snarest muligt derefter.[42] Det følger af lejeloven § 112, stk. 4, at boligrettens afgørelse i tilfælde af uenighed træffes ved stemmeflerhed efter de almindelige regler i retsplejelovens kapitel 20. Ved stemmelighed gør

[41] I *Pernille Backhausen m.fl.*: Proceduren, 3. udg., 2009, s. 619.

[42] *Michael Kistrup* og *Bernard Gomard*: Civilprocessen, 6. udg., 2007, s. 665 med henvisning til Betænkning 698/1973 om ophævelsen af en udtrykkelig regel herom i retsplejeloven.

formandens stemme udslaget, jf. retsplejelovens § 216, stk. 1, 2. pkt. Dette gælder også i sager, hvor der er udpeget sagkyndige dommere.[43]

Igen kan diskussionen om lægdommerens partstilknytning bringes op. Nogle lægdommere betragter sig måske som partsrepræsentanter, når der skal voteres, hvorfor de uden videre juridisk argumentation henholder sig til det, som »deres« part har gjort gældende – mest typisk i sager om fastsættelse af lejens størrelse og ved fortolkningen af reglerne herom.[44] De fleste lægdommere vil dog – selvom de principielt eller politisk set gerne vil dreje sagen i enten lejers eller udlejers retning – være lydhøre over for juridisk argumentation, således at der kan afsiges en enstemmig afgørelse, særligt hvor sagerne afgøres på bevisets stilling, og der ikke er noget juridisk grundlag for eventuelt at anke.

Domme og kendelser, der ikke er afsagt af en enkelt dommer, skal indeholde oplysninger om de forskellige meninger under afstemningen vedrørende såvel resultatet som begrundelsen med angivelse af de pågældende retsmedlemmers navne, jf. retsplejelovens § 218, stk. 3. Det gælder også boligretssager. Nogle lægdommere skriver deres egne dissenser, mens andre lader den juridiske dommer formulere deres meninger til dommen. Hvis dommeren ikke skriver dissensen på stedet, vil dommen med dissensen blive sendt til forudgående godkendelse hos lægdommerne, inden den afsiges.

Hvis lægdommeren vil skrive sin dissens efterfølgende, er der som udgangspunkt ikke noget, der forhindrer dette, hvis sagen er optaget til dom. Det må dog forudsætningsvist ikke kunne anfægtes, at det er lægdommeren selv, der har skrevet sin dissens.

5.4. Sagkyndige dommeres inddragelse under sagen

Sagkyndige dommere deltager under hovedforhandlingen, jf. ordlyden af retsplejelovens § 20, stk. 1, men kan dog tilkaldes under forberedelsen, jf. stk. 4, når retten »... den finder særlig anledning hertil, herunder navnlig i tilfælde af afhøring af parter eller vidner, afhjemling af syn og skøn eller afsigelse af kendelse om et omtvistet punkt«. Ordlyden er næsten identisk med lejelovens § 110, stk. 2, bortset fra »særlig anledning«, men det er ikke klart, om området herved er indsnævret i forhold til den praksis om lægdommerne i boligretten, som er refereret ovenfor, jf. dog f.eks. U 1983.80 H, hvor Sø- og Handelsretten havde udpeget sagkyndige dommere til en domsforhandling. En af parterne rejste indsigelse mod den ene dommers habilitet. Retten aflyste herefter domsforhandlingen og genoptog forberedel-

[43] Se *Michael Kistrup* og *Bernard Gomard*: Civilprocessen, 6. udg., 2007, s. 667 ff. samt *Michael B. Elmer* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 53 vedrørende sagkyndige dommere i Sø- og Handelsretten.

[44] Se også *Lene Pagter Kristensen* i *Pernille Backhausen m.fl.*: Proceduren, 3. udg., 2009, s. 619.

sen af sagen. Da forberedelsen af sagen var genoptaget, var medvirken af sagkyndige dommere ikke foreskrevet i retsplejeloven, og der fandtes ikke særlig anledning til at indkalde dem til at medvirke ved afgørelsen. Spørgsmålet omhandlede dagældende retsplejelovs § 9 a. Hvis sagen har været en boligretssag, ville retten skulle have været tiltrådt af lægdommerne, jf. U 1994.25/2 ØLK og ovenfor.

6. Vederlaget

I henhold til lejelovens § 109, stk. 4 fastsætter Domstolsstyrelsen regler om vederlag og rejsegodtgørelse til lægdommere (og sagkyndige dommere). Det er sket ved BKG 1987 712[45] om ydelser til lægdommere og vidner mv.

En lægdommer modtager, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1 kr. 1.100 pr. møde (dag) i boligretten. Honoraret er ikke blevet reguleret siden 2006. Der er ikke mulighed for at kræve honorar udover det i bekendtgørelsen fastsatte, jf. dog bekendtgørelsens § 1, stk. 3, hvorefter rettens formand undtagelsesvis kan tillægge lægdommere en særlig godtgørelse, såfremt den pågældendes deltagelse i sagens behandling har påført ham et tab, som væsentligt overstiger det nævnte vederlag. Se hertil U 2011.1914 ØLK, hvor en advokat havde deltaget som lægdommer i en heldagssag ved boligretten. Advokaten anmodede om en særlig godtgørelse udover de kr. 1.100 under henvisning til det tab, han havde lidt ved ikke at kunne passe sit advokatkontor i det tidsrum, hvor han var i byretten. Boligretten fandt, at der ikke undtagelsesvist var grundlag for at tillægge en særlig godtgørelse ud over det almindelige honorar, og imødekom således ikke advokatens anmodning. Landsretten stadfæstede afgørelsen i henhold til grundene. Muligheden for at få en særlig godtgørelse synes meget begrænset, og der kan naturligvis angives vægtige grund til ikke at åbne op for muligheden, så boligretterne ikke hver gang, der skal fastsættes honorarer, skal forholde sig til konkrete anmodninger og godtgørelser. I nogle boligretter gives dog betaling for en ekstra dag ved at man honorerer sager, hvor der en omfattende forberedelse eller derved, at man efter endt hovedforhandling rykker voteringen til dagen efter.

I retsplejerådets betænkning 2001/1401 »Reform af den civile retspleje I – Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans« blev det anbefalet at sætte honoraret op (til kr. 7.200 pr. dag) »... for at kunne tiltrække tilstrækkeligt mange kvalificerede sagkyndige dommere«. Justitsministeriet har nedsat en arbejdsgruppe om udvælgelse af lægdommere, der blandt andet skal overveje, om der er behov for at gøre hvervet som lægdommer mere attraktivt, herunder

[45] Som ændret ved BKG 2000 180 og BKG 2006 1503.

om de nuværende ydelser er passende.[46] I skrivende stund foreligger der ikke nogen redegørelse eller andet offentligt tilgængeligt materiale fra arbejdsgruppen.

Der kan, som indikeret lige ovenfor, meget vel argumenteres for, at vederlaget er (for) lavt, hvilket kunne have indflydelse på motivationen for de kvalificerede til at lade sig udpege. Der er dog ingen faktuel dokumentation for, at dette er tilfældet. Skal lægdommersystemet i boligretterne bestå, skal der utvivlsomt tages hånd om spørgsmålet om honorering i et eller andet omfang.

7. Retspolitiske overvejelser

Sager omfattet af boligrettens kompetence behandles af boligretten efter retsplejelovens regler for byretssager med de ændringer, som forholdene gør nødvendige, jf. lejelovens § 112, stk. 1. Den umiddelbart eneste mærkbare forskel for parterne er således, at der under boligretssagen kan medvirke lægdommere. Det er derfor lægdommernes medvirken, der skal legitimere, at vi forsat har boligretten som en del af domstolssystemet.

Der findes ingen statistiske oplysninger, der dokumenterer omfanget af anvendelsen af lægdommere i boligretssager. Det skyldes, at domstolene ikke har nogen indberetning eller indtastning i sagsbehandlingen, der genererer en statistik på, hvor mange boligretssager der medvirker boligdommere på.[47] Desuden er boligretssager, der tillige er småsager, registreret som småsager (retsplejelovens kapitel 39), og der gemmer sig derfor et antal boligretssager i denne kategori, som ikke kan læses af statistikkerne. Ifølge de statistiske oplysninger fra Domstolsstyrelsen, der er offentliggjort på www.domstol.dk, er antallet af sager behandlet af de danske domstole, som er benævnt boligretssager, faldet med ca. 50 % i perioden fra 2005 til og med 2010. I hvilket omfang indførelsen af retsplejelovens kapitel 39 om småsager har effekt på disse tal efter 2008, er det ikke muligt at udlede. Der kan gemme sig nogle sager under småsagerne, der, i et vist omfang, kan forklare faldet. Hvis retstilstanden skal belyses yderligere, vil sådanne undersøgelser og oplysninger naturligvis kunne være et væsentligt bidrag.

[46] Justitsministerens svar til Retsudvalgets spørgsmål nr. 953 af 20. juli 2009. Om arbejdsgruppen kommissorium mv., se http://www.justitsministeriet.dk/ministeriet/udvalg/arbejdsgruppen-om-udv%C3%A6lgelse-af-l%C3%A6gdommere.

[47] I 2012 blev 2.519 sager registreret som afsluttede boligretssager med og uden lægdommere. I 2011 2.950 og i 2010 2.832, jf. de statistiske oplysninger, offentliggjort på www.domstol.dk. I 1. kvartal 2013 er 366 sager registreret som indgående boligretssager ved de danske byretter. Der er registreret 1.452 verserende sager. Hvorvidt der ved registreringen af sagen til statistikken foregår en »prøvelse« af, om sagen er en boligretssag, fremgår ikke.

Sagsbehandlingstiden for boligretssager er gennemsnitligt kortere end for almindelige civile sager.[48]

Inhabilitet optræder såvel på lejersiden som på udlejersiden. Det viser retspraksis. Habilitetsproblematikken kan siges at være en af ankerne mod lægdommerordningen set i sammenhæng med, om man anser lægdommernes tilknytning til interesseorganisationerne for problematisk.[49] Der kan dog argumenteres for, at en ordning med partsudpegede dommere fungerer godt i voldgift.[50]

Er der noget alternativ – udover at behandle tvister, der udspringer af lejelovgivningen, som alle andre civile retssager? *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen* anfører, at »de lege ferenda bemærkes, at man burde ophæve kravet om forhandling med parterne (og i øvrigt generelt lade lægdommerinstituttet afløse af de almindelige regler om medvirken af sagkyndige dommere, der dog kunne gøres obligatorisk i lejesager)«.[51]

Præmissen for at anvende de almindelig regler om medvirken af sagkyndige dommere må være, at det kan lægges til grund, at de, der udpeges, har den fornødne sagkundskab og tillige indsigt i, hvordan retssager behandles, sådan som de fleste lægdommere i boligretten har det, fordi de har medvirket i mange år og i mange sager. Måske vil nogle af de dygtige lægdommere kunne blive afskåret fra at være sagkyndige dommere af forskellige årsager.

Omvendt synes reglerne, som beskrevet ovenfor, at være så ens og tilpassede, at retsplejelovens kunne blive anvendelige også for boligretssager – eller byretssager med boligsagkyndige dommere – eller hvad »retten« nu så

[48] Se »Nøgletal for domstolene, 1. kvartal 2013« på www.domstol.dk. Boligretssager, der er småsager, indgår tilsyneladende end ikke i statistikken. Statistikken viser ikke sagsbehandlingstiden på byretssager, hvor der medvirker sagkyndige dommere. Se dog hos *Clement Salung Petersen* i *Eigil Lego Andersen m.fl.* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 2011, s. 86-87, hvor forfatteren forholder sig til nogle statistiske oplysninger om småsager indhentet fra Domstolsstyrelsen, der umiddelbart viser, at det kun er i meget begrænset omfang, at der medvirker sagkyndige dommere i småsager – i 2010 i 154 af 32.797 småsager. På trods af den manglende indikation af, hvor mange småsager, der er boligretssager, forekommer det tvivlsomt, om dette tal indeholder sager med lægdommere. Det er ikke gennemskueligt, i hvilket omfang der i tallene for de »almindelige« civile sager gemmer sig omfattende skattesager eller andre specialsager – eller sager, hvor der skal afholdes syn og skøn.

[49] Se reference til Betænkning 1401/2001: »Reform af den civile retspleje I – Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans« ovenfor i afsnit 1 og se nedenfor i afsnit 5 samt i afsnit 10.

[50] Jf. f.eks. *Allan Thomsen* i *Pernille Backhausen m.fl.*: Proceduren, 3. udg., 2009, s. 619 og *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen* i U 2007 B 152.

[51] Den civile retspleje, 2. udg., 2010, s. 159 i småtryk. Se også *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen* i U 2007 B 152.

skal kaldes.[52] Habilitetsindsigelser vil fortsat ikke helt kunne undgås. Sagsbehandlingstiden kan heller ikke anføres som et argument for at afskaffe boligretten, da statistikken, som ovenfor anført, ikke viser, at sagsbehandlingstiden på boligretssager er længere end på almindelige civile sager, herunder sager med deltagelse af sagkyndige dommere.

En sådan ændring af reglerne vil heller ikke føre til, at området, hvor lægdommernes sagkundskaber anvendes, bliver indsnævret, da adgangen til f.eks. at begære syn og skøn i denne type sager ikke samtidig udvides eller indsnævres.

Nogle af sagerne i boligretten er tvister, der har været behandlet i huslejenævnet, og som efterfølgende er »anket« til boligretten, jf. boligreguleringslovens § 43. I huslejenævnet deltager også lægdommere ved afgørelse af tvisten. Der kan rejses det principielle spørgsmål, om der i sådanne sager også skal være adgang til fornyet prøvelse med lægdommere. Der er dog umiddelbar enighed om i såvel teori som retspraksis, at boligretten er berettiget til at sætte deres vurdering i stedet for huslejenævnets, da der også er tale om en instans med tiltrædelse af sagkyndige.[53] Boligrettens afgørelse er baseret på en prøvelse af huslejenævnets afgørelse, og i mange tilfælde vil boligretten foretage, hvad der må karakteriseres som en tilbundsgående prøvelse og sætte sit eget skøn i stedet for huslejenævnets. Boligretten er legitimeret hertil gennem reglerne om adgang til besigtigelse og anvendelse af lægdommere i lejelovens kapitel XVIII. Forhandlingsprincippet anvendes her i modsætning til i huslejenævnet, hvor officialprincippet anvendes, og det »slår igennem« derved, at domstolene kun prøver sagen ud fra de påstande og anbringender, som parterne gør gældende. Det medfører, at domstolene ikke anvender huslejenævnets afgørelse, men træffer afgørelse på grundlag af den faktiske bevisførelse – og uden skelen til huslejenævnets skøn.[54] Det kan forudsætningsvist legitimere, at en lejeretlig tvist to gange bedømmes under deltagelse af sagkyndige, så huslejenævnsbehandling tilsidesætter ikke umiddelbart behovet for lægdommermedvirken.

Et sted, hvor det lovgivningsmæssigt burde være muligt at præcisere reglerne, er i retsplejelovens kapitel 39. Det ville være muligt at præcisere retsplejelovens bestemmelser her om deltagelsen af lægdommere i småsager. Det er på den baggrund umiddelbart beklageligt, at man ikke i forbindelse med Domstolsreformen tog stilling til dette element, jf. straks nedenfor. Indførelsen af en regel, hvorefter lægdommere ikke skal deltage i boligretssager, der er småsager, kompromitterer næppe hverken hensynene bag kapitel 39 eller bag lægdommerordningen i lejeloven. Det ville måske skabe øget fokus på mulighederne for at lade en sag udgå af småsagsprocessen, men

[52] Se også *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen* i U 2007 B 152 (på s. 153-154).

[53] Se *Jakob Juul-Sandberg*: Det lejedes værdi, 2. udg., 2010, s. 290 ff. med henvisninger.

[54] *Jakob Juul-Sandberg*: Det lejedes værdi, 2. udg., 2010, s. 345 ff.

det spørgsmål er byretten vant til at håndtere – omend der er meget stor forskel på, hvordan retskredsene håndterer disse spørgsmål. Landsretspraksis er dog forholdsvis sikker, jf. også ovenfor i afsnit 5, men landsretterne har naturligvis endnu ikke forholdt sig til den situation, hvor en part eller retten vil lade en sag udgå af småsagsprocessen, fordi den burde behandles under medvirken af lægdommere (også under forberedelsen).

Et argument om, at det netop er i småsagerne, at lægdommerne har deres berettigelse ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt, fordi der ikke deltager advokater i sagens forberedelse,[55] synes at kunne mødes med tilsvarende modargumenter, og det er i hvert fald ikke dokumenterbart, at lægdommerdeltagelsen fremmer formålet med reglerne i retsplejelovens kapitel 39.

Under alle omstændigheder synes det i mange tilfælde at være spild af ressourcer at indkalde lægdommere til sager, hvor retten har forberedt sagen, hvor der ikke møder advokat (for begge parter), og hvor sagen kun vedrører et begrænset pengebeløb, samt hvor tvisten juridisk og bevismæssigt set er begrænset. Også lægdommere, der ligeledes bruger megen af deres tid på større og mere komplekse sager, og som i nogle tilfælde må prioritere, hvor mange sager, de har mulighed for at medvirke i, kunne undre sig i den sammenhæng.

I forhold til fastsættelsen af vederlaget savnes der en stillingtagen hertil fra den arbejdsgruppe, som i 2009 fik til opgave bl.a. at se på en revision af lægdommernes – og de sagkyndige dommeres – betaling for deltagelse. Lægdommere og sagkyndige dommere »aflønnes« på samme vis, så her er der ingen forskelle at tage hensyn til. Så længe lægdommerordningen i boligretten eksisterer, vil der formentlig her være tale om det mest presserende for en revision af reglerne, da mange lægdommere deltager i mange sager om året (flere end de fleste sagkyndige dommere forudsættes det).

Afskaffelse af lægdommersystemet har ingen gang på jorden i forbindelse med en revision af lejelovgivningen så længe, denne er undergivet den stadig politisk nødvendige udfordring, at udlejer- og lejerorganisationerne skal deltage i det lovforberedende arbejde. Ændringer i reglerne kræver derfor ligeledes her en meget bred politisk opbakning, som også de tidligere gennemførte boligforlig har foreskrevet det. I modsætning til så mange andre områder inden for lejelovgivningen, er lejere og udlejere dog nok her enige om, at ordningen ikke skal afskaffes. Derfor kan der ikke skabes et politisk flertal for det.

De, der ønsker en revision af ordningen, kan ærgre sig over, at man ikke i forbindelse med Domstolsreformen, herunder i de bagvedliggende betænkninger, forholdt sig til problemstillingen og fremsatte forslag til en ændring i et eller andet omfang. Omvendt kan man måske sige, at det forhold, at man ikke forholdt sig til det, taler for, at ordningen fungerer – og fungerer behø-

[55] Se *Keld Frederiksen* i U 2007 B 92 (på s. 94).

rigt – således at boligretten, i dens nuværende procesform, skal bestå fortsat fremover, også med lægdommerne som legitimitet.

I Sverige havde man fra 1975 Bostadsdomstolen, der var klageinstans for tvister om lejeretlige spørgsmål afgjort af huslejenævnene. Der var tale om en særskilt specialdomstol, som ikke var en del af en anden ret (som boligretten er en del af byretten i Danmark). Denne domstol ophørte ved lov i 1994 med at eksistere.[56] Baggrunden herfor var blandt andet, at lovgiver ikke ønskede domstole med en majoritet af lægdommere, og en mere principiel diskussion af, hvilke sagstyper der skulle undergives en særlig behandling – og dermed flere ressourcer – frem for andre. Endvidere var spørgsmålet om lægdommernes (»intresseledamöter«) partstilknytning og deres rolle som dommere et væsentligt led i overvejelserne. Konklusionen var blandt andet, at det fandtes fuldt ud muligt at tilføre domstolene den nødvendige sagkundskab uden partsudpegede lægdommeres deltagelse i retten.[57] Tilsvarende eksisterede fra 1973 til 2003 en bostadsdomstol i Finland.[58]

Hvorvidt og hvor meget disse udenlandske forhold kan bidrage til debatten og/eller overvejelserne om lovændringer i Danmark er naturligvis diskutabelt henset til, at lejelovgivningen er undergivet særlige nationalt betingede politiske forhold; men samtidig bør det ikke undervurderes, at der i et af vore nabolande – hvor der også er stærke interesseorganisationer involveret i den politiske debat – forholdsvis gnidningsfrit er gennemført en tilpasning af domstolssystemet på baggrund af i hvert fald nogle af de samme præmisser, som gør sig gældende i Danmark i dag.

[56] Lag (1994:835) om upphävande av lagen (1974:1082) om bostadsdomstolen, som var et led i en revision af specialdomstolene og deres kompetencer på baggrund af anbefalinger fra en til formålet nedsat kommission – se Regeringens Prop. 1993/94:200 om upphörande af Bostadsdomstolen m.m. og departementspromemorian (Ds 1992:38) »Domstolsväsendet – Organisation och administration i framtiden«.

[57] Prop. 1993/94:200 på s. 35.

[58] »Lag om rättegången i hyresmål«. Oprindelig lovnr. 650/1973 ophævet ved lovnr. 597/2002. http://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/1973/19730650.

Reform af PET
– styrket demokratisk kontrol?

af

Pernille Boye Koch

1. Indledning

Den seneste tid har budt på flere begivenheder, der har aktualiseret diskussionerne om efterretningstjenesternes arbejde, og hvordan man kan kontrollere, at registrering, overvågning, agentvirksomhed m.m. holder sig inden for de retlige og politiske rammer, der er udstukket for de hemmelige tjenester. Man kunne nævne Morten Storm-sagen, situationen med Henrik Sass Larsen, der ikke blev minister på grund af en kritisk sikkerhedsvurdering fra PET og – ikke mindst – den seneste skandale om Edward Snowden og afsløringen af udbredt amerikansk overvågning af individer, sociale medier og regeringskontorer i flere europæiske lande og i EU.

I Danmark har disse begivenheder fundet sted, midt imens regeringen har gennemført en større reform af den retlige regulering af efterretningstjenesterne. Med gennemførelsen af tre lovforslag[1] har man realiseret et længe næret ønske om at styrke den demokratiske kontrol med Politiets Efterretningstjeneste og sikre et egentligt lovgrundlag for efterretningstjenesterne. Længe ventet, fordi reformen har været i støbeskeen lige siden 1998. Og fordi det gennem de senere årtier har stået klart, at den danske regulering og kontrol med efterretningstjenesterne halter langt bagefter de lande, vi normalt sammenligner os med.

Jeg har, i forbindelse med et forskningsprojekt om kontrol med efterretningstjenester, gået de forskellige danske reformforslag efter i sømmene, og jeg skal i det følgende forsøge at redegøre for nogle af hovedresultaterne. Det bliver naturligvis kun i en mere formidlet og løsere form[2], idet jeg, for

[1] *Lov nr. 602 af 12. juni 2013* om Forsvarets Efterretningstjeneste (FE), *Lov nr. 604 af 12. juni 2013* om Politiets Efterretningstjeneste (PET) og *Lov nr. 632 af 12. juni 2013* om ændring af lov om etablering af et udvalg om forsvarets og politiets efterretningstjenester (Styrkelse af den parlamentariske kontrol og indsigt).

[2] En lignende forskningsformidlende artikel er min kronik i Politiken fra 23. februar 2013: *Der er alvorlige mangler ved PET-reformen*, som det følgende er en udbygning af.

en mere tilbundsgående analyse og dokumentation, kan henvise til en række videnskabelige artikler[3].

Min generelle konklusion er, at de gennemførte lovinitiativer vidner om et noget lavt ambitionsniveau i Danmark, hvis vi sammenligner os med tilsvarende europæiske lande, og at den gennemførte regulering rejser en række retssikkerhedsmæssige problemer.

For det første forholder den skitserede reform sig slet ikke til en række af de væsentlige dilemmaer, som er forbundet med moderne efterretningsarbejde. Udover de allerede nævnte sager har der også været stillet kritiske spørgsmål om brugen af torturoplysninger og sletning af sagsmapper på politisk betydningsfulde personer i PETs registre[4]. Alle disse sager rejser en række spørgsmål, som den nye PET-reform kun i meget begrænset omfang tager hånd om.

For det andet vil den fremtidige kontrolordning ikke leve op til internationale anbefalinger på området, og de planlagte indbyggede retssikkerhedsgarantier er så sparsomme, at vi er i farezonen for at komme i konflikt med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

2. Selvstændigt lovgrundlag

Det er blevet fremhævet som en væsentlig milepæl, at efterretningstjenesterne nu får et selvstændigt lovgrundlag. Hidtil har der ikke eksisteret en samlet lov for fx PET, og tjenestens arbejde har derfor primært baseret sig på en række administrative regler, hvoraf kun en del er offentlige. For eksempel har justitsministeriet udstedt instrukser om brugen af agenter og behandling af personoplysninger.

Det er utvivlsomt et retssikkerhedsmæssigt fremskridt, at vi fremover får egentlige lovregler, og at Folketinget – og ikke kun den til enhver tid siddende minister – involveres i at opstille grænserne for PETs virksomhed. Hermed sikres tjenesterne demokratisk legitimitet, og det forebygges, at de udvikler sig til en »stat i staten«. Det er også en naturlig bestanddel i de for-

[3] Pernille Boye Koch: *Ministeransvaret og tilsyn med PET – et uløseligt dilemma?*, Ugeskrift for Retsvæsen 2012, afd. B, s. 377-385, Pernille Boye Koch: *Fra Wamberg til PET-tilsyn – en analyse af den nye danske kontrol med efterretningstjenesterne* i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab nr. 1, 2013, s. 131-157 og Pernille Boye Koch og Felix Frøhlich: *Menneskeretlige krav til kontrol med efterretningstjenester* i Gammeltoft-Hansen m.fl. (red.): »Protecting the Rights of Others«, Festskrift til Jens Vedsted-Hansen, 2013, s. 173-196

[4] Se for så vidt angår sidstnævnte Emil Bock Greve: *Hvem bestemmer over historien? En undersøgelse af undtagelsesbestemmelsen vedr. sager af »særlig historisk interesse« i retningslinjerne for PET's makulering* i Gammeltoft-Hansen m.fl. (red.): »Protecting the Rights of Others«, Festskrift til Jens Vedsted-Hansen, 2013, s.153-171.

skellige internationale anbefalinger om demokratisk kontrol med efterretningstjenester, at der eksisterer klare regler i lovform[5].

Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at det nye lovgrundlag kun i meget begrænset omfang opstiller klare grænser for efterretningstjenesternes arbejde. Loven er nemlig holdt i meget generelle og vage vendinger. Således når loven fx i § 3 fastslår, at PET »kan indsamle og indhente oplysninger, der kan have betydning for tjenestens virksomhed«, eller i § 4 angiver, at PET kan anmode andre forvaltningsmyndigheder om at videregive dem oplysninger, »hvis tjenesten vurderer, at oplysningerne må antages at have betydning for varetagelsen af tjenestens opgaver vedrørende forebyggelse og efterforskning af overtrædelser af straffelovens kapitel 12 og 13«.[6]

Lovgrundlagets beskrivelse af efterretningstjenestens opgaver og virkemidler er således meget overordnet og forholder sig ikke til en lang række af PETs konkrete aktiviteter. Der er ikke regler om fx agentvirksomhed, infiltratorer, samarbejde med udenlandske tjenester og myndigheder, sikkerhedsgodkendelser mv. Sådanne mere specifikke danske regler eksisterer i et vist omfang, men der er tale om administrative regler, der tilmed ikke for alles vedkommende er offentligt tilgængelige[7]. Det kan undre, at man ikke har valgt at indarbejde flere af disse mere specifikke regler i selve loven. At regulere via administrative forskrifter henlægger som bekendt betydelig magt til den til enhver tid siddende minister, der egenhændigt kan fastsætte den nærmere retstilstand.

Lovgrundlagets konkrete bestemmelser giver også i betydelig grad anledning til et skøn. Når man fx i de ovenfor citerede bestemmelser taler om oplysninger, der *kan have betydning,* eller *kan antages at have betydning,* for tjenestens virksomhed, opstiller de kun i temmelig begrænset omfang håndfaste grænser for efterretningstjenesterne. Det er således fortsat svært for borgerne at se, i hvilket omfang de kan risikere at blive berørt af efterretningstjenesternes aktiviteter, ligesom det kan være vanskeligt for det nyoprettede tilsynsorgan at kontrollere aktiviteterne, når de retlige grænser er så diffust angivet i retsgrundlaget og i så vid udstrækning baserer sig på efterretningstjenestens egne faglige skøn.

Det er et almindeligt anerkendt princip i dansk ret, at der stilles større krav til hjemmelsgrundlagets klarhed og præcision, jo større indgreb over for borgeren, der er tale om. Indgreb i privatlivets fred og boligens ukrænke-

[5] Se fx Hans Born and Ian Leigh: *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practices*, 2005 og *Report on the Democratic Oversight of the Security Services*, Venice Commission, Europarådet, 2007.

[6] De nævnte opgaver i straffelovens kapitel 12 og 13 handler om forbrydelser mod statens sikkerhed og udgør hermed PETs hovedfunktion og væsentligste virkefelt. Der er således ingen særlig central afgrænsning forbundet med (heller) denne del af ordlyden.

[7] Jf. i det hele Betænkning nr. 1529 om PET og FE, fx s. 149 ff.

lighed via efterretningstjenesternes aktiviteter må i den forstand siges at være ganske intensive indgreb. Også Den Europæiske menneskerettighedskonvention fastslår, at indgreb i retten til privat- og familieliv, jf. EMRK art. 8, skal hvile på et klart og sikkert hjemmelsgrundlag.

Selv om der næppe kan stilles helt så store krav om præcision som ellers, når det handler om efterretningstjenester, hvis arbejde naturligt må omgærdes af en vis grad af hemmelighed, er der grænser for, hvor sporadisk retsgrundlaget kan være. Netop i relation til efterretningstjenesters indgreb over for borgerne har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i flere domme fastslået, at lovgivningens betingelser skal være tilstrækkeligt klare til at give borgerne en passende angivelse af under hvilke omstændigheder og efter hvilke betingelser, der kan foretages hemmelige indgreb i privatlivet, og at omfanget af et eventuelt skøn og den nærmere måde, hvorpå det udøves, skal angives med en sådan grad af præcision, at individets retssikkerhed er tilstrækkeligt beskyttet.

Gevinsten ved at få et egentligt lovgrundlag må på denne baggrund ikke overfortolkes, og ud fra et retssikkerhedsmæssigt og menneskeretligt perspektiv lader de konkrete regler noget tilbage at ønske.

3. Nyt kontrolorgan – PET-tilsynet

Den anden væsentlige nyskabelse ved reformen er oprettelsen af et nyt kontrolorgan; PET-tilsynet, som skal afløse det eksisterende såkaldte Wamberg-udvalg. PET-tilsynet er blevet præsenteret som en central styrkelse af den generelle kontrol med efterretningstjenesterne. Og det er da også rigtigt, at PET-tilsynet får en mere uafhængig status i forhold til justitsministeriet og et selvstændigt sekretariat, hvilket er et retssikkerhedsmæssigt fremskridt.

3.1. Kompetenceområde

Imidlertid bliver PET-tilsynets kompetenceområde ganske snævert, for det tildeles kun beføjelser til at se PETs *behandling af personoplysninger* efter i kortene. Alle efterretningstjenestens andre aktiviteter – samarbejde med udenlandske tjenester, agentvirksomhed, brugen af meddelere og infiltratorer, overvågning, sikkerhedsgodkendelser osv. osv. – indgår ikke i kontrollen hos det nye PET-tilsyn.

Hermed kommer PET-tilsynet til at adskille sig fra de fleste andre landes kontrolorganer, der typisk har et mere altomfattende kompetencefelt. For eksempel har det centrale kontroludvalg i Norge til opgave at udføre kontrol med »Efterretnings-, overvågnings- og sikkerhedstjeneste, som udføres eller styres af offentlige myndigheder, og som har til formål at varetage nationale

sikkerhedsinteresser«[8]. Ligesom kontrollen i fx Belgien omfatter »efterretningstjenesternes aktiviteter og metoder«[9].

PET-tilsynets arbejdsområde kommer på denne baggrund primært til at afspejle fortidens problemstillinger – personregistreringerne var det store tema under den kolde krig – og ikke nutidens. Og det er bemærkelsesværdigt, at man ikke har benyttet den første PET-reform nogensinde til at give kontrollen et mere opdateret og altomfattende omfang.

3.2. Reaktionsmuligheder og menneskeretlige udfordringer

En anden hel central svækkelse af PET-tilsynets muligheder for at udføre effektiv kontrol er knyttet til det faktum, at tilsynet ifølge lovforslaget kun får adgang til at afgive udtalelser.

I det udvalg, der udarbejdede den sagkyndige betænkning, der ligger til grund for PET-reformen[10], var netop spørgsmålet om PET-tilsynets reaktionsmuligheder omtvistet. Et snævert flertal i udvalget – bestående primært af alle repræsentanterne fra embedsværket – frarådede, at PET-tilsynet skulle kunne træffe afgørelser, som PET var tvunget til at rette sig efter. Derimod anbefalede et stort mindretal – alle de uafhængige repræsentanter i udvalget – at PET-tilsynet skulle have mulighed for at træffe afgørelser med bindende virkning[11].

Nu har lovgivningsmagten valgt at følge flertallets løsning, også selv om udvalgets mindretal gør opmærksom på, at vi med den model kun tvivlsomt lever op til vores konventionsmæssige forpligtelser. Dette kontroversielle faktum fremgår af følgende citat fra udvalgsbetænkningen, hvor mindretallet argumenterer for at give PET-tilsynet mere håndfaste beføjelser: »Vi finder endvidere anledning til at påpege, at forslaget om at give PET-tilsynet en afgørelseskompetence efter vores opfattelse giver sikkerhed for, at de minimumsstandarder vedrørende kontrolforanstaltninger, der kan udledes af EMRK, er opfyldt[12]«

Selv om sætningen er formuleret i vanlig afdæmpet embedsmandsstil, bør dens indhold vække opsigt. Her siger fremtrædende medlemmer af ekspertudvalget[13], at den løsning, som med ganske få mindre korrektioner blev en-

[8] Se bl.a. www.eos-utvalget.no

[9] Jf. *Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the EU*, Study from the European Parliament's Civil Liberties, Justice and Home Affairs Committee (LIBE), 2011.

[10] Jf. Betænkning nr. 1529 om PET og FE, København 2012.

[11] Se særligt betænkningens kapitel 11. afsnit 5.10.

[12] Jf. betænkningen s. 432.

[13] Mindretallet (7 ud af i alt 16 medlemmer) bestod af repræsentanter fra universiteterne, domstolene, direktøren fra Datatilsynet og den ene af udvalgets to advokater. Flertallet (9 ud

deligt vedtaget af Folketinget 12. juni 2013, ikke med sikkerhed er i overensstemmelse med minimumsstandarderne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Påstanden er langt fra grebet ud af den blå luft. Aktiviteterne fra hemmelige tjenester udgør meget ofte seriøse indgreb i retten til privatlivets fred, og Den Europæiske Menneskeretsdomstol har i flere sager taget stilling til situationer, hvor borgere har klaget over efterretningstjenestens indgreb.

Menneskerettighedsdomstolen anerkender faktisk i meget vidt omfang behovet for efterretningstjenester og respekterer de særlige betingelser om blandt andet fortrolighed, som efterretningsarbejde kræver. Til gengæld har man stillet ret strikse krav om, at borgerne har effektive retsmidler, hvis de finder deres rettigheder krænket, og at der eksisterer betryggende kontrolmuligheder i det nationale system, så efterretningstjenesternes magtudøvelse ikke bliver vilkårlig[14].

For eksempel blev det svenske kontrolsystem gået efter i sømmene af menneskerettighedsdomstolen i 1987 i anledning af en sag, hvor en svensk tømrer var blevet fyret fra et job på Marinemuseet i Karlskrona på grund af en kritisk sikkerhedsgodkendelse fra den svenske pendant til PET[15]. Dengang blev Sverige frikendt for konventionsbrud, men kun efter en nøje gennemgang af det svenske system for kontrol med efterretningstjenesterne, der kun lige blev anset for at opfylde minimumskravene.

Det kan på denne baggrund undre, at man ikke – inden lovforslagenes vedtagelse – har fundet anledning til at fremkomme med en nærmere redegørelse for, hvordan den fremtidige model stemmer overens med de minimumskrav til kontrolsystemer, som er udviklet i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis.

3.3. Reaktionsmuligheder og ministeransvaret

Justitsministerens og udvalgsflertallets hovedargument for, at PET-tilsynet ikke skal kunne træffe bindende afgørelser, er, at man ikke vil fratage ministeren det endelige ansvar for efterretningstjenestens aktiviteter. Det lyder umiddelbart som et sympatisk argument, men det holder efter min opfattelse ikke til en nærmere gennemgang.

For det første er der masser af eksempler på, at man i Danmark lader kontrolinstanser have en egentlig kompetence til at træffe afgørelser, selv om de befinder sig uden for det sædvanlige statslige hierarki og dermed ikke er

---

af 16 medlemmer) bestod af den anden af udvalgets to advokater samt repræsentanterne fra politi, forsvar og embedsapparat.

[14] Se særligt Pernille Boye Koch og Felix Frøhlich: *Menneskeretlige krav til kontrol med efterretningstjenester* i Gammeltoft-Hansen m.fl. (red.): »Protecting the Rights of Others«, Festskrift til Jens Vedsted-Hansen, 2013, s. 173-196.

[15] *Leander v. Sweden* 1987.

undergivet ministerens instruktionsbeføjelse. Tænk blot på det nye uafhængige Politiklagenævn, på Natur- og Miljøklagenævnet eller på Flygtningenævnet. Her har ingen kunnet se problemer vedrørende ministeransvaret, selv om der for så vidt er tale om politisk kontroversielle områder.

For det andet er det svært at se, at det *i praksis* skulle blive et problem, at der ikke kan gøres et retligt ministeransvar gældende i visse sager vedrørende efterretningstjenesterne[16].

De mest kontroversielle af PET-tilsynets afgørelser kommer til at handle om, at konkrete personregistreringer er for vidtgående, at der er behandlet oplysninger i modstrid med forbuddet mod politiske registreringer, eller at der fx er indhentet eller udvekslet oplysninger, der overskrider de temmelig vage grænser i PET-loven. PET-tilsynets afgørelser kommer således oftest til at handle om, at PET skal *ophøre* med en given praksis. Det er på denne baggrund meget svært at forestille sig, at man vil få brug for at drage ministeren retligt til ansvar i anledning af en afgørelse fra PET-tilsynet.

Endelig kan det bemærkes, at det retlige ministeransvar – det, som kun kan gøres gældende i en rigsretssag – jo er en meget sjælden foreteelse. Der har kun været to rigsretssager i løbet af de seneste cirka 100 år, og det mest almindelige er at aktivere det politiske ansvar – at ministeren går af eller får en såkaldt næse. Og et mistillidsvotum eller en næse kan ministeren altid blive udsat for, hvis det drejer sig om sager inden for hans ressortområde. Det er ikke bundet til, at ministeren retligt set kan gøres ansvarlig. Også af den grund er det ikke overbevisende at bruge ministeransvaret som argument for, at PET-tilsynet ikke må tildeles bindende beføjelser på området.

Som en form for indrømmelse til kritikerne af PET-tilsynets manglende afgørelseskompetence henviser justitsministeren og de politiske partier bag reformen til, at Folketingets kontroludvalg vil blive underrettet, hvis det undtagelsesvist skal ske, at PET-tilsynet fremkommer med en udtalelse, som PET ikke vil rette sig efter.

Folketingets kontroludvalg er det danske parlamentariske kontroludvalg; det blev oprettet i 1988 og består af ét medlem fra hvert af Folketingets fem største partier. Kontroludvalget er imidlertid undergivet strenge regler om tavshedspligt og kan derfor reelt intet stille op, hvis PET og justitsministeren fastholder og ikke vil rette sig efter PET-tilsynets afgørelse. Udvalgets medlemmer kan hverken underrette deres partileder eller andre partifæller om den penible situation. Og de kan naturligvis slet ikke gå til offentligheden.

[16] Se for en nærmere underbygning af de efterfølgende synspunkter særligt Pernille Boye Koch: *Ministeransvaret og tilsyn med PET – et uløseligt dilemma?*, Ugeskrift for Retsvæsen 2012, afd. B, s. 382 ff.

4. Styrkelse af den parlamentariske kontrol

Afslutningsvist kan det være relevant at se på den del af reformen, der knytter sig til netop Folketingets kontroludvalg. Det har lige siden kontroludvalgets oprettelse stået klart, at udvalget ikke har nogen egentlige magtbeføjelser, men at dets rolle er at få en mere udførlig information om efterretningstjenesternes forhold fra de relevante ministre og cheferne for hhv. PET og FE.

Udvalgsmedlemmerne kan naturligvis stille spørgsmål og bede om at få særlige emner belyst, og udvalget bliver på denne baggrund udstyret med en langt større viden om efterretningstjenesterne end den normale parlamentariker. Men de kan ikke træffe afgørelser, afgive udtalelser, iværksætte undersøgelser, behandle klager eller andre af de handlinger, som tilsvarende kontroludvalg i andre lande typisk kan. Og dette bliver der ikke ændret ved med den planlagte reform.

Det blev i forbindelse med den politiske aftale om PET-reformen præsenteret som et af de større fremskridt, at Folketingets kontroludvalg i fremtiden får adgang til en række oplysninger og statistik om Politiets Efterretningstjeneste. Ligeledes bliver PET pålagt én gang årligt at aflægge en særlig rapport til kontroludvalget om brugen af civile agenter, og kontroludvalget skal fremover afgive en årlig beretning om deres virksomhed. Efter min opfattelse kan disse tiltag imidlertid ikke betragtes som en reel styrkelse af den parlamentariske kontrolordning i Danmark.

Først og fremmest fordi reformen ikke medfører en egentlig ændring af kontroludvalgets nuværende beføjelser. Oplysninger om statistik og brugen af agenter har man allerede via de eksisterende regler adgang til at bede om. Og kontroludvalget har siden oprettelsen jævnligt afgivet beretninger om sin virksomhed til Folketinget, om end det ikke har været på fast årlig basis. Det nye er således blot, at det udtrykkeligt bliver nævnt i selve loven, og at der således formentlig bliver en større opmærksomhed om fx statistiske forhold, agenter og den årlige beretning. Nogen egentlig reform af den parlamentariske kontrol er det ikke.

5. Afslutning

Alt i alt kommer vi med den nye PET-reform til at få en løsning, der ikke står mål med de lande, vi normalt sammenligner os med. Lovgrundlaget er meget generelt og vagt formuleret og opstiller kun i begrænset omfang barrierer for efterretningstjenesterne. Kontrollen ved det nye tilsyn omfatter kun behandling af personoplysninger, og tilsynet tildeles ikke beføjelser til at træffe afgørelser, som er juridisk bindende for PET. Dette efterlader fremtidens danske kontrolsystem på et så retssikkerhedsmæssigt beskedent niveau, at vi kun tvivlsomt opfylder minimumskravene i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Desuden forholder reformen sig ikke til nutidens dilemmaer. De handler fx om, hvorvidt og på hvilke betingelser, man kan udveksle oplysninger med udenlandske efterretningstjenester, der bruger tortur og andre suspekte arbejdsmetoder. Hvordan man sikrer borgerne basale retsgarantier i sager om sikkerhedsgodkendelser og afslag på statsborgerskab. Og hvordan man på forsvarlig vis rekrutterer og håndterer civile agenter i en tid med globale terrortrusler.

Det kan ud fra principielle retsstatsprincipper ærgre, at årtiers udredningsarbejder giver et så beskedent resultat. I de fleste andre vestlige lande har man for længst etableret mere effektive kontrolmekanismer i takt med, at efterretningstjenesterne, som følge af krigen mod terror, har fået både øgede beføjelser og flere ressourcer. I Danmark har vi brugt tiden på at vente. Først på PET-kommissionens store juridisk-historiske udredningsarbejde om PET under den kolde krig. Siden på betænkningen fra udvalget vedrørende PET og FE og det tilhørende lovudkast.

Nu er reformen vedtaget, og man fristes til at sige: Bjerget barslede og fødte en mus.

The Supervisory Authority's Role in the Corporate Governance of Banks

by

Mette Winther Løfquist

This article is part of the author's postdoctoral project: *Corporate Governance of Banks – Regulation and Supervision.* The project is sponsored by the Danish Council of Independent Research and rooted in the Department of Law's focus area: *Regulation of Financial Business and Activity.*

0. Introduction

The financial crisis (2008) caused the breakdown of banks globally and nationally. In the aftermath, prominent analysts pointed at banks' corporate governance as a significant contributory factor.[1] The problem observed was two-fold: 1) severe weaknesses in banks' corporate governance systems, and 2) the authorities' lack of supervision in the area.

Part of the comprehensive work which was subsequently carried out to avoid similar breakdowns in the future revolves around strengthening both banks' corporate governance and the authorities' supervision of it.

Based on these observations, this seems straightforward but it is also controversial, and several objections have been raised. These objections are rooted in the most traditional viewpoints of what corporate governance is about and how it is regulated. In the traditional perception, corporate governance deals with the way a company is directed and controlled, thus, it is solely a matter between the company and its shareholders. And traditionally corporate governance rules do not stem from rules of law but from agreed documents.

In a banking context, this would mean that the supervisory authority is not a stakeholder involved in a bank's corporate governance and further introduce a core legal challenge since an administrative body cannot govern without a title.

[1] EU's High level Group on Financial Supervision: *Lasosière-rapporten,* 2009.
National Commission on the Causes of the financial and economic crisis in the United States: *The Financial Crisis Inquiry report*, January 2011.
Sir David Walker: *A review of corporate governance in UK Banks and other financial industry entities – Final recommendations*, November 2009.

But are these arguments valid when it comes to banks? Are matters of corporate governance in any way different for a bank than any other company? Due to the significant public interest in securing that banks are sound, their business faces much more regulation than most other companies. Does this offer a lifebuoy for the wise men's suggestion? The article explores this – with Danish law as the case study.

The aim of the article is from a historical point of view to explore the supervisory authority's legitimacy as a stakeholder in banks corporate governance.

The article is structured in two parts.

The first part is a historical view of how corporate governance is defined. Here it is central to look at: 1) which parties are recognized as parties in a corporation's governance, and 2) how corporate governance is regulated. This part is general in nature but special concerns for the banking business and the supervisory authority as a stakeholder are highlighted.

The second part concentrates on corporate governance in banks. The subject matter and the methods of regulation are outlined. Focus is on the role of the supervisory authority. At the end the article points at what challenges the supervisory authority faces in the near future when it comes to matters of the banking sector's corporate governance.

1. Definition of corporate governance: A historical view

Corporate governance as a specific discipline has evolved rapidly over the past two decades, taking off with the publishing of the so-called *Cadbury Report*.[2] The report originated from United Kingdom (UK) and was a response on how to do better after facing several large companies fail due to mismanagement and poor monitoring of risk and compliance matters.[3]

The Cadbury Report stated and explained corporate governance *»as the system by which companies are directed and controlled«*.[4] This article builds on this as the original definition of corporate governance.

Corporate governance is interdisciplinary. It is an economic discipline because *"directed and controlled"* refers to managing the company and it is a legal discipline since *"the system"* refers to organizing the corporation in accordance with corporate law.

[2] Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Dec. 1992. The Committee was chaired by Adrian Cadbury. Hereafter referred to as *The Cadbury Report.*

[3] In a present banking context, it is worth mentioning that the collapse of the BCCI banking conglomerate is often referred to as the igniter. See for example: *The Cadbury Report*, preface and *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*: The Nørby Report; Corporate Governance in Denmark, p. 11.

[4] *The Cadbury Report*, paragraph 2.5.

The interconnection between the two subjects is that corporate governance is about how corporate rules and structures must be designed so they secure the best possible way to utilize corporate resources'.[5] Corporate governance focuses on problems resulting from the separation of ownership and control.[6]

Despite the fact that countries around the world have different traditions and ways of organizing and regulating corporations, the evolution of corporate governance quickly became an international topic. Today, the differences contribute to an on-going evolution. Also, both economists and lawyers still contribute to the enormous amount of material: analysis, books, etc., dealing with the subject.

1.1. The parties involved

The first aspect of corporate governance to be explored in answering the question of the supervisory authority's legitimacy in banks' corporate governance is who can be considered as an interested party in corporate governance beside the management.

1.1.1. The traditional approach – the shareholder

In the *Cadbury* definition, the focus is on the shareholder. That is because the pivotal of the definition is the relationship between the company's management and the owners of the company. The goal for each company is to build up a system that avoids conflicts between the directors and the shareholders and thereby protects and facilitates the exercise of shareholders' rights.[7]

The interested parties are solely the shareholders and the management/board of directors. And the objective is to raise the standards of corporate governance and the level of confidence in financial reporting and auditing by clearly setting out: 1) what are the respective responsibilities of both shareholders and directors, and 2) what is expected of them.

The shareholders' role is to appoint directors and auditors and satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. The duties of the directors include: setting up the company's strategic aim, provide

[5] Inspired from and the author's own free translation of *Paul Krüger Andersen*. Corporate Governance. På vej mod et selskabsretligt paradigmeskifte. NTS 1999:3. *»Bredt formuleret er corporate governance synsvinklen på selskabsretten, at de selskabsretlige regler og strukturer bør udformes således, at de sikrer den bedst mulige udnyttelse af selskabets ressourcer.«*

[6] In an economists' term, this is the principal-agent theory. For a principal-agent analysis of banks' corporate governance, see *Peter O. Mülbert*: Corporate Governance of Banks, ecgi Law Working Paper No. 120/2009, p. 11.

[7] E.g. OECD Principles of Corporate Governance, principle II.

leadership to put the strategic aims into effect and report to the shareholders on their stewardship.[8]

In the UK, the *Cadbury Report* has been followed up by several reports on specific aspects of corporate governance.[9]

During the mid-1990s and early 2000s, corporate governance studies were conducted in most Western countries.[10]

In a Danish context *The Nørby Report*[11] was published in December 2001. The Danish definition of corporate governance is more elaborate and broader than that of the UK. In *The Nørby Report* the definition reads:

»The goals according to which a company is managed and the major principles and frameworks which regulate the interaction between the company's managerial bodies, the owners as well as other parties, who are directly influenced by the company's dispositions and business (in this context jointly referred to as the company's stakeholders). Stakeholders include employees, creditors, suppliers, customers and the local community«

This definition introduces an additional party – *the stakeholder* – as any person directly influenced by the company's dispositions and business. As shown below, the definition follows the international trend as to who is a party in the company's corporate governance.

1.1.2. A new and broader approach – the stakeholder

In the Cadbury definition, the players of the company's corporate governance are straightforward and well-defined. On the one hand, we have the shareholders and on the other, directors and management.

Over the years, however, scholars and commentators have broadened the scope of the interested parties in the company's corporate governance and

[8] *The Cadbury Report*, paragraph 2.5.

[9] *The Greenbury Report* (Study Group on Directors' remuneration) July 1995, *The Hampel Report*, *The Smith Report* (audit committees), 2003, *The Higgs Report* (review of the role and effectiveness of non-executive directors), 2009, *Review of the Combined Code*, 2009 and *The Walker Report* (a review of corporate governance in UK banks and other financial entities), 2009.

[10] For example: Germany: *German Corporate Governance Code*, June 2000 and the *Baums Commission report*, July 2001. United States: *Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism*, 2001

[11] *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*: The Nørby Committee on Corporate Governance in Denmark, 2001.

thus the definition.[12] This is illustrated by the 1999 *OECD Principles of Corporate Governance* which take *"the stakeholder"* into consideration.[13] Principle IV states the following:

»The corporate governance framework should recognize the rights of stakeholders established by law or through mutual agreements and encourage active co-operation between corporations and stakeholders in creating wealth, jobs, and the sustainability of financially sound enterprises.«

The stakeholder is defined in an open and expandable sense. A stakeholder can be "anybody" (a natural person or a legal person) who has a creditable interest in the company recognized either by the law or through mutual agreement.

Taking this into account, examples of a stakeholder are: individual employees and their representative bodies, creditors and a governmental body carrying out their task of supervision established by law.[14] When dealing with the notion of the stakeholder and identifying such parties, it is vital to stress and ensure that this "person" derives his/her right/interest from the law or a mutual agreement.[15]

The broadening of the perspective of who is to be recognized as having an interest in a company's corporate governance took place over a short period of time.[16] This I attribute to the differences between the countries' corporate laws. The differences meant that, in order to arrive at a mutual perception in an international context, each jurisdiction had to acknowledge that the other brought some of its concepts along. Internationally, the concepts must interact, with the result that they might converge. The parties in corporate governance are an example of this.

[12] This point of view also gains footing in UK, see *The Hampel Report*, p. 17 (1.3): "Good governance ensures that constituencies [stakeholders] with a relevant interest in the company's business are fully taken into account."

[13] The Principles are updated in 2004, which is the set of principles that will be used in the analysis.

[14] For a description of the relationship among the participants in the governance systems, see the OECD Principle of Corporate Governance, p. 12.

[15] The OECD definition is more precise and strict than the Danish counterpart. For a lawyer that makes the OECD definition easier to work with. It gives affirmative instructions when it states that "the right of the stakeholder must be established by law, etc.," whereas the Danish definition allows any person "directly influenced by the company's disposition and business" to become a stakeholder.

[16] A period of eight years. The Cadbury Report was published in 1992 and the first set of OEDC Principles of Corporate Governance in 1999.

In brief, this is illustrated by the difference between, on the one hand, UK/US corporate law and, on the other, German[17] corporate law. Here two main differences have influence: 1) the aim of running a corporation and 2) the structure of management and one or two-tier boards.

In the UK/US, the main purpose of running a corporation is acknowledged as creating shareholder value, and the management structure is characterized by a one-tier board. In Germany and Denmark a wider notion of the company's purpose is supported. Besides creating wealth for its owners, a company must also serve a responsibility to the society at large. Here the management structure is characterized by a two-tier board, and employees are entitled by law to representation on the board.

The UK/US system conforms to the shareholder approach, whereas the German/Danish system conforms to the stakeholder approach. Since the corporate governance debate originated in the UK/US, it seems natural that it was the more narrow approach that was initially taken.

1.1.2.1. Stakeholders – two examples

The influence of the differences in corporate law on recognizing stakeholders' rights in corporate governance has surfaced in the efforts of the European Union (EU) to harmonize corporate law. The following outlines two historical EU examples where the harmonization also dealt with recognizing stakeholders' rights in corporate governance.

Example 1: Employee representation on the board

The draft for the proposal for a fifth company directive[18] contained suggested rules for the structure of the board and employee participation. Participation of employees on the board (supervisory organ) was made mandatory for companies over a certain size – 500 employees.[19] According to the explanatory note, workers must be able to take part in appointing and dismissing the members of the supervisory organ which controls the management organ.[20] The proposal has never been agreed upon. A compromise between mainly the UK and the German point of views could not be reached.

The example shows that although countries which adhere to the shareholder approach recognize the broadening of the notion of who can be a stakeholder in a company's corporate governance,[21] this is not necessarily the same as accepting it in binding law, e.g. making it a statutory right.

[17] Danish corporate law resembles German law.

[18] Com(72)887 final. The draft of the fifth company directive was presented by the Commission to the Council in the autumn of 1972. See Supplement 10/72 – Bull. EC.

[19] Art. 4, no. 3

[20] Supplement 10/72 – Bull. EC, p. 35.

[21] See note 12.

Example 2: Takeover bid directive
Directive 2004/25/EC on takeover bids calls for the board of as well the offeror company as of the offeree company to inform the employees and their representatives of the bid and make sure that the offer document is disclosed in a manner so it is also available to the employees and their representatives.[22] In addition, it is the duty of the board of the offeree company to draw up and make a public document on its view on all the company's interests, specifically employment and the locations of the company's places of business.[23]

The directive gives an indication of where the line seems to be drawn for harmonization. When there is a specific situation which can be embedded and a precise rule which states the actual right for the stakeholder – in this case, the employees – and the duties of the company can be written, then a stakeholder right can be/is allowed to be established in law.

1.1.2.2. The supervisory authority as stakeholder
The analysis above concerns corporate law in general, and so far no specific attention has been given to the banking business or banking supervisory authorities. But when applied to the pivotal question of this article – the legitimacy of the supervisory authority as a stakeholder in banks corporate governance – where does the analysis then take us?

As I see it, the supervisory authority has two main platforms from which it derives an interest in a bank's corporate governance.

First, the OECD definition refers to *"a right established by law"*. So if the law empowers the supervisory authority to carry out some specific tasks concerning the supervision of banks corporate governance, for example to oversee which qualifications a board member must possess to be appointed, then the supervisory authority is clearly a stakeholder. It has a title, which makes it a stakeholder and grants the right to conduct the supervision.[24]

Secondly, the Danish definition of the stakeholder names some examples of who can be a stakeholder, among these is a *creditor*. This is highly relevant when it comes to discussing the supervisory authority as a stakeholder. A creditor is synonymous with a debt holder, which is exactly what a person who deposits an amount of money in a bank is. Because when a person deposits money in a bank, the bank is obliged to repay the amount of money on the terms agreed. The depositor has become a creditor and the bank a

[22] Art. 6, and art. 8.
[23] Art. 9, no. 5
[24] It must be stressed that it depends on the wording of the statute not only which matters the supervisory authority can supervise but also how and to what extent the supervision can be conducted. (See paragraph 2 of this article below).

debtor. Now according to both the Danish and the OECD definition[25] the depositor/debt holder is a stakeholder in the bank's corporate governance.

But how does he/she carry out this privilege? Irrelevant of which industrial country[26] is considered; corporate law does not grant a debt holder any immediate access to influence the organization of the corporation.[27] So the challenge cannot be solved purely within corporate law or principles of corporate governance. Since society at large depends on banks' ability to repay the deposits to the community, the regulator has chosen to make it his goal to secure the debt holders by setting up deposit insurance schemes and making it society's business to oversee the safety and soundness of banks.[28] The task is assigned to various supervisory authorities through statues of law. And the supervision authorities act as the representative for the debt holders.

Thus, achieving this goal creates an important difference between regulation of business organizations in general[29] and regulation of banking business in particular. It also has a significant impact on the construction of and overseeing a system of corporate governance within the company. This fact is explained in more detail in paragraph 3 below.

Conclusively, under a certain set of conditions, the supervisory authority attains stakeholder status in banks corporate governance. Principle I.D in the OECD Principles of Corporate Governance expresses and explains this role:

»Supervisory, regulatory and enforcement authorities should have the authority, integrity and resources to fulfil their duties in a professional and objective manner. Moreover, their rulings should be timely, transparent and fully explained«

1.2. Regulatory methods

Now we turn to the second characteristic of corporate governance: the method of how corporate governance traditionally has been regulated. A hallmark of corporate governance is that it stems from a set of principles which have been privately agreed. The method of regulation is self-regulation – so-called *soft law*.[30]

[25] The OECD principle recognizes a stakeholder on the basis of a "mutual agreement". Depositing money in a bank is based on a mutual agreement.

[26] The UK, the US, Germany and Denmark have been studied for this article.

[27] This must not be mistaken for situations where a big client is able to negotiate and exert influence on management decisions through mutual agreement.

[28] In this context, the single bank is looked at as the micro level. If one instead looks at the banking sector – the macro level – the goal turns to oversee the financial stability.

[29] E.g. corporate law

[30] *The Cadbury Report,* p. 11. *The Nørby Report,* p. 13.

In the following, soft law is considered to be *a set of agreed terms*[31] *which have been privately agreed and not enacted into law.*[32] Contrary to this is *hard law, which is a statutory code, enacted by the legislator.*[33]

A very significant difference between soft law and hard law are whether the rule is binding or not. If a company does not comply with a statute or regulation (hard law) the rule can be enforced by the appropriate authority.[34] The rule is binding.

If a company does not comply with a rule of soft law, it will not be subject to enforcement action by any authority. Corporate governance codes express "best practice" in the area, and an important characteristic of them is that adherence to them is voluntary. This means that they are based on the strongest characteristic of soft law – the non-binding approach. Albeit, it is also a vital part of the codes, that if a company chooses not to comply,[35] the company is under an obligation to explain its non-compliance. The so-called *comply or explain principle*.

1.2.1. The recommendations – development and content

The principles are non-binding and do not aim at detailed prescriptions for national legislation. Rather they seek to identify objectives and suggest various means for achieving them. Their purpose is to serve as a reference point.[36] This echoes the idea that there is no single model of corporate governance, which leaves room for both the individual company and national corporate law.[37]

Since the mid-1990s, every country seems to have got their own rules of corporate governance. These rules are typical a result from analyses and reports as mentioned in paragraph 1.1.1.[38] The outcome of these studies was typically a set of privately issued recommendations.[39] The issuer was a private organization or/and an authorized marketplace. Often, the two bodies cooperate, as is the case in Denmark where NASDAQ OMX in their listing conditions has chosen to incorporate the recommendations issued by the

[31] E.g. principles.

[32] Soft law is not unambiguously defined.

[33] It can also take the form of a regulation issued by the supervisory authority empowered by a statute.

[34] An example could be section 140 of the Danish Company Code concerning employee representation on the board of the company.

[35] For example, if a company chooses not to establish a certain board committee prescribed by the corporate governance code.

[36] OECD Principles of Corporate Governance, p. 13.

[37] *The Cadbury Report*, p. 16, and *the Nørby Report*, p. 12.

[38] For a thorough list, please consult: www.ecgi.org/codes

[39] Principles, terms and recommendations are used interchangeably. Referring to the recommendations in their entirety, the term "code" is also used.

Danish Committee on Corporate Governance.[40] Thus, traditionally the companies that have been subject to rules of corporate governance have been listed companies.

The Danish recommendations are like the OECD's constructed in accordance with a set of values such as *openness*, *transparency*, *responsibility* and *equal treatment*.[41]

The topics of the Danish recommendations are as follows:[42]

I. The role of the shareholders and the interaction with the management of the company
II. The role of the stakeholders and their importance on the company
III. Openness and transparency
IV. The task and responsibilities of the Board
V. The composition of the Board
VI. Remuneration to directors and the managers
VII. Risk management

1.2.2. A flavour of hard law

The various national committees are very keen on keeping the corporate governance codes within soft law to assure that the principles stay within the sphere of the business community and remain flexible and easy[43] to change. But, as with the group of acknowledged parties in a company's corporate governance, the same is true for the method of regulating corporate governance; it is undergoing some changes.

The EU legislator regards corporate governance codes as a useful tool in achieving sound practices for corporate governance. This fact is shown by the choice to make it an obligation for listed companies to disclose an annual corporate governance statement and at the same time make the comply-or-explain principle a matter of the law.[44]

The preamble[45] of Directive 2006/46/EC[46] on annual accounts explains:

[40] Rule for issuers of shares, June 2013, sections 2.5 and 4.3.

[41] *The Nørby Report*, p. 14.

[42] No thorough description of the content of each corporate governance recommendation will take place as that is not within the scope of this article.

[43] Without involvement from the legislator and legislative procedures.

[44] Implemented into the Danish Financial Statements Act (Årsregnskabsloven), Section 107(b) of Consolidated Act No. 323, 2011.

[45] Recital 10 (here recited in parts).

[46] Directive 2006/46/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 amending Council Directives 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of com-

»Companies whose securities are admitted to trading on a regulated market and which have their registered office in the Community should be obliged to disclose an annual corporate governance statement as a specific and clearly identifiable section of the annual report.«

»The corporate governance statement should make clear whether the company applies any provisions on corporate governance other than those provided for in national law, regardless of whether those provisions are directly laid down in a corporate governance code to which the company is subject or in any corporate governance code which the company may have decided to apply. That statement should at least provide shareholders with easily accessible key information about the corporate governance practices actually applied«

»Furthermore, where relevant, companies may also provide an analysis of environmental and social aspects necessary for an understanding of the company's development, performance and position«

So without giving detailed prescriptions of the subject matter of corporate governance recommendations, part of the corporate governance system has already found its way into the statutory codes of the EU Member States and thereby become hard law.

In response to several corporate scandals such as ENRON and World-Com, the US chose to follow a more radical path. In 2002 the US Congress accepted the *Sarbanes-Oxley Act*[47] which included provisions concerning corporate governance matters that previously had been in the form of soft law.[48]

The Sarbanes-Oxley Act was signed by the President and enacted as a part of *the Securities and Exchange Act.*[49] This meant that all listed companies in the US had to comply with the provisions which now had become hard law.[50]

---

panies, 83/349/EEC on consolidated accounts, 86/635/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions and 91/674/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of insurance undertakings. Amendments directive 78/660/EEC, art. 46a.

[47] Pub.L.No.107-204, 116 Stat 745 (2002).

[48] See especially Section 302: Corporate responsibility for financial reports; Section 401: Disclosure in periodic reports, and Section 404: Management assessment of internal control.

[49] 15 USC chapter 2.

[50] It is due to history and the relationship between federal and state law that corporate governance rules are a subject of Securities Law. After the Great Depression (1929), the federal government evoked the commerce clause of the US Constitution to the Exchange and to securities dealing and thereby pre-empted state law on this subject matter. Corporate law on the other hand is state law.

After the financial crisis (2008), additional corporate governance rules have found their way into securities law. The *Dodd-Frank Act* supplements with statutes concerning executive pay and establishing of mandatory board committees.[51]

Does this trend mean that the method of regulating corporate governance will undergo some radical changes? If so, what are the explanations?

As stated above in the introduction, the financial crisis fuelled the attention of corporate governance in banks.[52] The crisis reports blamed inconsistencies in banks corporate governance systems, such as insufficient board qualifications and oversight of management and inadequate risk management. This had not been revealed by supervision inspections since the supervisory authorities had not been equipped well enough to identify these inconsistencies.

In efforts to rectify this, it now seems that the regulation of banks' corporate governance acts as the driver in the front seat when it comes to changing the method of regulating corporate governance. The *Liikanen Report*[53] heads in the same direction:

»Accordingly, strengthening governance and control is essential. Building on the corporate governance reforms currently under consideration and in addition to the reform proposals outlined above, it is necessary further to: (i) strengthen boards and management; (ii) promote the risk management function; (iii) rein in compensation; (iv) facilitate market monitoring; and, (v) strengthen enforcement by competent authorities«

2. Corporate governance in banks

With this said I now leave the general analysis of corporate governance and turn to examine the unique aspects of the corporate governance of banks and analyse whether the banking sector is regulated in a special manner. The following analysis is concentrated on Danish banking law.

Looking at banks as a specific sector, one could start by asking the question. Does corporate governance of banks differ from other companies? The answer is yes! Even though banks must be incorporated as a public limited

[51] Pub.L.No.111-203, 124 Stat 1376, title IX.

[52] Kirkpatrick: *The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis*, OECD 2009. EU's High Level Group on Financial Supervision: *Larosière Report*, 2009. National Commission on the Causes of the financial and economic crisis in the United States: *The Financial Crisis Inquiry report*, January 2011. Sir David Walker: *A review of corporate governance in UK Banks and other financial industry entities – Final recommendations*, November 2009.

[53] High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector (chaired by Erkki Liikanen), Oct. 2012.

company[54] and the Company Act[55] applies, corporate governance in banks is *lex specialis*.

In brief, said banks corporate governance differs because banks in addition to running a business serve a community interest. First, they take deposits from those who have a surplus and secondly distribute liquidity to those who need funding. In return for the opportunity to receive deposits, banks need to be licenced by a government agency. And, as described in paragraph 1.1.2.2., the government must take some precautions securing that the bank has sound practices so that it is able to repay the deposits at any time. Therefore, the government imposes supervision on the banking sector.

Further, as concluded in the abovementioned paragraph, a certain set of conditions must be met in order for the supervisory authority to carry out its task and become a stakeholder in the bank's corporate governance. The key condition is that the supervisory authority can assume title to get involved. Only hard law represents title and therefore the method of regulation has to be hard law.

When granting title, the legislator acknowledges that the supervisory authority is a stakeholder in the bank's corporate governance and the door will open for the supervisory authority to act, not only in matters of statutory compliance but also as an influential stakeholder when it comes to matters of structuring the bank's internal governance. In Denmark this is usually done by issuing executive orders[56] which elaborate the title.

2.1. Title

A main goal of banking legislation is to promote financial stability in general and confidence in banks and markets. The legislator has vested this duty within Finanstilsynet (in the following referred to as the "Danish FSA").[57] And the act makes it clear that in pursuing this duty, the Danish FSA must examine the viability of the individual bank in particular.[58] According to the preparatory work[59] this obligation must be seen in connection with the Act's provisions on governance and the structuring of the bank.[60]

[54] Section 7 of the Financial Business Act.

[55] Consolidated Act No. 322, 2011.

[56] E.g. bekendtgørelser. In some instances the Danish supervisory authority will issue guidelines. Guidelines are not binding and are considered to be governmental soft law.

[57] The abbreviation is taken from the Danish Financial Supervisory Authority's website.

[58] Illustrated by the Section 344, 3 (1)-(2) of the Danish Financial Business Act. Consolidated Act No. 948, 2013.

[59] Bill no. 175, 2009/1: Comments to § 1, no. 72.

[60] Consolidated Act 'No. 948, 2013: Sections 71–72 of the Financial Business Act.

In this respect, banking legislation differs from the traditions where corporate governance is regulated through soft law. The Danish FSA has gained title to regulate and supervise matters of corporate governance in a bank.[61]

The EU Credit Institute Directive[62] article 74 is very precise on the matter:

»1. Institutions shall have robust governance arrangements, which include a clear organizational structure with well-defined, transparent and consistent lines of responsibility, effective processes to identify, manage, monitor and report the risks they are or might be exposed to, adequate internal control mechanisms, including sound administration and accounting procedures, and remuneration policies and practices that are consistent with and promote sound and effective risk management.
2. The arrangements, processes and mechanisms referred to in paragraph 1 shall be comprehensive and proportionate to the nature, scale and complexity of the risks inherent in the business model and the institution's activities. The technical criteria established in Articles 76 to 95 shall be taken into account«

So banks differ from other (listed) companies. This fact is also clearly supported by the foreword to the recommendations from the Danish Committee on Corporate Governance, which states:[63]

»The activities of financial undertaking are regulated by statute. Consequently the Committee has chosen not to introduce specific recommendations for the financial sector«

When the Corporate Governance Committee states that special concerns must be accounted for in the terms of financial companies, this means the content of the individual recommendations and the method of regulation. It is up to the legislator to take these concerns into account and to deal with them. But the committee is not saying that the topics in banks' corporate governance differ from those of listed companies as a whole. And therefore their recommendations and comments still are reckoned as a significant source of law.

The Larosière group expressed the same reasoning when advocating which kinds of tools can be used for safeguarding financial stability.[64]

[61] But please note that this does not mean that there not are or can be significant restraints on how the supervision is carried out. The boundaries of the specific titles to supervision will not be analyzed since it is beyond the scope of this article to explore this adventure.
[62] Directive 2013/36/EU (date of implementation is December 31, 2013). The previous directive 2006/48/EC (art. 22) is implemented in the Danish Financial Business Act § 71.
[63] *The Danish Committee on Corporate Governance*: Recommendations on Corporate Governance, May 2013, p. 5.
[64] EU's High Level Group on Financial Supervision: *Larosière Report*, 2009, p. 15.

»This should be done being mindful of the usefulness of self-regulation by the private sector. Public and self-regulation should complement each other and supervisors should check that where there is self-regulation it is being properly implemented. This was not sufficiently carried out in the recent past«

2.2. The government of the Supervisory authority

In Denmark the government of the FSA consists of three components: 1) issuing regulations in the form of executive orders and guidelines; 2) supervision by collecting information and conducting inspections; and 3) publishing information concerning the former two. In this articles context 1) and 2) are important to analyse.

2.2.1. Regulation

The Financial Business Act prescribes the measures and procedures that must be put in place to adequately organize the bank's businesses. In a number of instances, however, there is a need to stipulate detailed rules and explanations than can be set forth in the statute. Thus, the legislator has made the Danish FSA eligible to promulgate executive orders and guidelines.

When it comes to corporate governance matters, especially Sections 64, 71, 72 and 77a-d of the Financial Business Act are of interest. Here title is given to specify the demands to the management's qualifications and expertise (fit and proper standards), the duty to identify, manage and monitor risk, the setting up of compliance and audit functions and the adoption of rules concerning executive remuneration of the bank management.

The Danish FSA has promulgated an executive order on management and control of banks, etc.,[65] and an executive order on remuneration policy and disclosure.[66] In addition, a guideline concerning interpretation of the remuneration provisions in the Financial Business Act and the executive order thereof has been issued.[67]

The executive orders are largely framed by international contributions. The subject matter builds upon the thoughts laid out in the OECD *Principles of Corporate Governance*. On top of that the Basel Committee on Banking Supervision[68] and EBA (The European Banking Agency) has prepared comprehensive and detailed work.[69]

[65] No. 1325, 2012.

[66] No. 122, 2012. The executive order is not officially translated, so this is the author's own translation.

[67] Guideline no. 9039, 2012.

[68] Affiliate to Bank of International Settlement (BIS).

[69] *Basel Committee on Banking Supervision*: Principles for enhancing corporate governance, 2010 (earlier editions 1999 and 2006). *EBA*: Guidelines on Internal Governance (GL 44),

How the documents supplement each other are laid out in *Principles for enhancing corporate governance*:[70]

»This document reinforces the key elements of the aforementioned OECD corporate governance principles and is intended to guide the actions of board member, senior managers and supervisors of a diverse range of banks in a number of countries with varying legal and regulatory systems, including both Committee-member countries and non-member countries. While one fundamental corporate governance issue in respect of publicly listed companies is effective shareholder rights, such rights are not the primary focus of this guidance and are instead addressed in the OECD principles«

2.2.1.1. The subject matter of bank's corporate governance

It is beyond the scope of this article to give a detailed presentation and analysis of the statutory provisions on bank's corporate governance. But for the purpose of illustrating what the Danish FSA is assigned to regulate and supervise a categorization based on the Basel Committee's *Principle for enhancing corporate governance* and Danish legislation is arranged.

The Principle for enhancing corporate governance structures the topics of corporate governance into six categories: A) board practices; B) senior management; C) risk management and internal controls; D) compensation; E) complex or opaque corporate structures; and F) disclosure and transparency. When the principles are read in connection with their accompanying commentaries and the Danish legislation (see above paragraph 2.2.1), a number of subcategories emerge. These are: qualification and expertise of board and management (fit and proper standards); self-evaluation of the board; monitoring compliance; and the setting up of fixed board committees for auditing,[71] nomination and remuneration.[72]

In Denmark, all these subjects are, except for the nomination committee, matters of hard law.

Provisions governing the nomination committee will also become a matter of hard law when the revised Credit Institute Directive[73] is due for imple-

---

2011; Guidelines on the Remuneration Benchmarking Exercise, 2012; Guidelines on the data collection exercise regarding high earners, 2013; Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders, 2012

[70] P. 4, sec. 10.

[71] Executive order on audit committees in Financial Business, no. 1393, 2011 (author's translation).

[72] See also *Eugene A. Ludwig*: Assessment of Dodd-Frank Financial Regulatory Reform: Strengths, Challenges, and Opportunities for a Stronger Regulatory System, Yale Journal on Regulation vol. 29, 2012, p. 197. Here corporate governance is categorized in three: 1) Quality of management, 2) Risk and compliance and 3) Audit.

[73] Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and

mentation by December 31, 2013. The directive sets forth the criteria for the qualifications and expertise of new board members,[74] and it requires that the qualifications and expertise of all board members both individually and collectively are being evaluated on a regularly basis.[75] The numbers of board membership one person may hold are to be regulated.[76]

The directive includes the setting up of an additional committee concerning risk management.[77]

In March 2013, the Danish Committee for Systemically Important Financial Institutions (SIFIs) published its report. It recommended that the following tightened requirements be laid down for SIFIs:[78]

- The existing fit and proper requirements are also to apply to managerial staff in the institution and not just to the board of directors and the board of management.
- Special requirements for organization and staffing of risk management functions are to be laid down. This means that the institutions have risk management at the same level as the best practice of international SIFIs, and that risk management is relevant in relation to the business model and complexity of the institutions.
- Special requirements are to be laid down in the IT area. Besides IT emergency plans dealing with failure of IT systems, the IT systems of institutions are to support effective and secure risk management of the institutions.

The 1999 Banking Act[79] prescribed that the management were to formulate written procedures specifying the division of functions between the board and senior management, which the board then had to send to the Danish FSA. The bank was also required to have: 1) a sound administrative and audit practices; 2) a written procedure concerning all substantial activities; and 3) an internal control function. The statues were accompanied by guidelines, which are considered soft law, and not, as today, by executive orders.

This example shows that corporate governance in banks is continually evolving and has been for the past fifteen years. In the future, we might not only distinguish between the sizes of the banks but maybe also make the subject matter of corporate governance depend on the bank's business model.

---

investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC.

[74] Art. 88, no. 2 a.

[75] Art. 91 and art. 88, no. 2 b-c.

[76] Art. 91, no. 3.

[77] Art. 76, no. 3.

[78] *Ministry of Business and Growth, The Committee on Systemically Important Financial Institutions in Denmark:* Systemically Important Financially Institutions in Denmark; Identification, Requirements and Crisis management, March 2013

[79] Banking Act, Sections 18–18(a) of Consolidated Act No. 658, 1999.

2.2.2. Supervision

The second component of the Danish FSA's government is the supervision. And the primary title for this is stipulated in Section 344 (3) in the Financial Business Act:

»The Danish FSA shall organize its routine supervision activities with a view to promoting financial stability and confidence in financial undertakings and markets. In its supervision activities the Danish FSA shall examine in particular the viability of the business model of the individual financial undertaking. Organization of supervision activities shall take materiality into consideration so that the supervision effort is proportionate to the potential risks or damage. Each year, the Danish FSA shall review the solvency need of banks and mortgage-credit institutions which have a working capital of more than DKK 250 million. The executive management of the Danish FSA shall be responsible for the organization of supervision activities«

So, when conducting this assignment, the Danish FSA strives towards a goal of securing financial stability in general and the viability of the individual bank. This goal is also known as an objective of prudential supervision.[80]

The provision is very extensively formulated and leaves no precise instructions on how supervision is to be carried out.

In guidance thereof, there are of course the statutes and the executive orders concerning the subject matter. But also both the corporate governance principles issued by Basel Committee and EBA play a significant role. These principles are very informative and describe in detail how banks should construct their governance, thus indicating what the Danish FSA will look for. The EBA document is part of creating convergence in supervisory practices.

Recently the EU enacted regulation no. 575/2013 on prudential requirement of credit institutions and investment firms.[81] This regulation is part of the post-financial crisis work which include the setting up of a European supervisory architecture and the harmonization of supervision tools. The regulation contains provisions about tools for macro prudential supervision. To some extent, corporate governance is included since instruction of supervision of risk management (credit, operational and liquidity) can be found in the regulation.

[80] See the now historical directive 2006/48/EC, preamble recital 8.

[81] The regulation will apply from January 1, 2014. Together with Directive 2013/36/EU, it spells out the revision of the capital requirements (known as CRD IV).

2.2.2.1 Supervisory tools – two examples

As regards the supervision of corporate governance, the Danish FSA uses some standard tools. Here attention is drawn to *Tilsynsdiamanten*[82] and *self-evaluation by the board.* Respectively, these tools provide information about management of risk and the qualifications and expertise of the board.

Tilsynsdiamanten (the supervisory diamond) lays down five particular areas of risk and specifies the limits that the bank should observe:

1. Sum of large exposures (less than 125% of the capital base)
2. Exposure to real estate (less than 25% of total exposure)
3. Liquidity coverage (higher than 50%)
4. Growth of loans (less than end 20% a year)
5. Steady funding [loans/working capital minus bonds with a termination date of less than 1 year] (less than 1).

If *Tilsynsdiamanten's* limits are exceeded, the Danish FSA will initiate a dialogue with the bank, and if the situation does not change, the Danish FSA will invoke supervisory reactions.[83]

Since *Tilsynsdiamanten* arguably exerts substantial influence on the activities of the bank, title must be required. There is no specific title in the Financial Business Act or executive order which describes *Tilsynsdiamanten;* therefore, the general provision of Section 344(3) must constitute the base.[84] Concerns have been raised as to whether a title of such general application offers the bank surety and proportionality to the possible consequences inflicted on the bank's business by the supervisory tool.[85]

Self-evaluation by the board serves the purpose of ensuring that the members individually and collectively possess the requisite qualifications and expertise for conducting the businesses of the bank – especially handling the

[82] Comparable to the CAMELS which refer to the six parameters used by examiners in reviewing a bank – **c**apital, **a**sset quality, **m**anagement, **e**arnings, **l**iquidity, and **s**ensitivity to market risk.

[83] *Niels Skovmand Rasmussen,* Tilsynsdiamanten i spændingsfeltet mellem soft law og hard law in *Nina Dietz Legind, Bent Ole Gram Mortensen, Hans Viggo Godsk Pedersen og Karsten Engsig Sørensen (red.),* Festskrift til Nis Jul Clausen, 2013, p. 343 onwards.

[84] Note that the document on the Danish Supervisory Authority's website named: *Vejledning om tilsynsdiamanten* cannot be considered an ordinary guideline since there is no reference to a title in the Financial Business Act. Thus it is considered soft law describing the practice of the supervisory authority.

[85] *Niels Skovmand Rasmussen,* Tilsynsdiamanten i spændingsfeltet mellem soft law og hard law i *Nina Dietz Legind, Bent Ole Gram Mortensen, Hans Viggo Godsk Pedersen og Karsten Engsig Sørensen (red.),* Festskrift til Nis Jul Clausen, 2013, s. 343 ff., *Hanne Birkemose Søndergaard,* NTS nr. 1, 2011: Ledelsen af finansielle virksomheder i Danmark – status quo eller skærpede krav? p 69, *Michael Camphausen,* Pengeinstitutter – tilladelse, eneret & virksomhedsområde, 2011, s. 579 f, s. 673 og s. 678 and *Tanja Jørgensen,* Retssikkerhed i Finanstilsynet, U2013B119.

particular risks to which the bank is exposed. The rules must be seen in connection with the fit and proper demands in section 64 of the Financial Business Act and the executive order on management and control of banks. Section 3(1) of the executive order expresses that the board must regularly assess this issue.

The manner in which self-evaluation is to be carried out in practice is not addressed in the executive order, but the Danish FSA has made a document describing the process.[86] On page 3 the document describes the Danish FSA's expectations of the board and its work, and this shall be seen as a further elaboration of the executive order.

If a self-evaluation reveals a lack of qualifications and expertise, the bank must make arrangements to have new board members elected at the next shareholders' meeting. A failure to react will trigger supervisory action.

Self-evaluation can be carried out by addressing the following six topics:

1. The business model of the bank,
2. The risk attributed to the business model,
3. The necessary qualification and experiences in respect of the business model,
4. The actual qualification and experience of the board,
5. The required qualification and experience which the board do not possess, and
6. An action plan for getting the required qualification and experience or adjustment of the business model.

There is no doubt that the Financial Business Act and the Executive order on management and control establish title for the requirement to carry out self-evaluation. The fact that the Danish FSA puts a lot of weight on getting the banks to do the self-evaluation right is shown by a commentary made by the director of the Danish FSA Ulrik Nødgaard at the annual meeting of the association of local banks in May 2013:[87]

»Når man ser på nogle af de svar, vi har fået sendt ind fra bestyrelserne, står det klart, at det kan være en ømtålelig proces, når man populært sagt skal give sig selv skudsmål. Vi har forståelse for, at det er noget, der kræver øvelse. Vi forventer på den anden side, at erfaringerne fra i år betyder, at bestyrelsernes selvevalueringer for 2013 generelt har et højere analytisk niveau, end de havde i 2012«

[86] July 4, 2012: Evaluation of the Board's qualifications and experience in credit institutions. The document is accompanied by a table making cross relations between the individuals qualifications and experience and the business model of the bank.

[87] No official translation is available.

So the Danish FSA expects the board to perform a thorough, qualified self-evaluation. This seems reasonable with the following kept in mind. Since the document of May 4, 2012 from the Danish FSA is not spelled out in any form of regulation, it qualifies as a guideline. Thus it can only be perceived as soft law, leaving room for the banks to find their own form for reporting to the Danish FSA. And this keeps alive a fundamental corporate governance notion – one fits not all.

3. Final remarks

The interest for corporate governance builds on an assumption that the it can be used as an instrument for the supervisory authorities since the principles are suited for monitoring the occurrence of both systemic risk in the financial sector (macro level) and the viability of the individual bank (micro level).[88] And today, it is broadly accepted that presence of an effective corporate governance system within an individual company or group and across an economy as a whole helps to provide a degree of confidence that is necessary for the proper functioning of a market economy.

The article concludes that the supervisory authority is a stakeholder in the bank's corporate governance. Based on the OECD's perception of who can be an interested party, it was argued that the supervisory authorities meet these requirements. And when more parties are recognized as stakeholders, it must also be kept in mind that the objective of corporate governance becomes broader at the same time.

Corporate governance in banks is seen as an example where corporate law meets special concerns taken in the specific regulation of financial institutions. Not only shareholders but also debt holders and community at large have a genuine interest in how banks business is taken care of. And the legislator has in a number of instances granted title to the supervisory authority to issue rules and conduct supervision of banks' corporate governance. Therefore the article does not agree that it is controversial to use means of corporate governance as a tool for preventing future financial crises. What is controversial in corporate law is not necessarily controversial in the law of financial institutions. But this does not mean that the road to doing so is paved without challenges.

Through its provisions concerning the banks' risk management procedures and establishment of a number of fixed board committees, the newly enacted European Credit Institute Directive moves the focus of internal governance from being an issue between management and shareholder towards an

[88] Bank of International Settlement: Basel Committee on Banking Supervision: *Principles for enhancing corporate governance*, 2010, p. 1, p. 31f.
Peter O. Mülbert: *Corporate Governance of Banks*, European Business Organization Law Review, Vol. 10 p. 411-436.

issue between management and supervisory authority. This consequence is the regulators choice as a reaction to the financial crisis but it also opens up for new questions, which must be managed.

The regulator needs to reflect on these new questions and to communicate them for further discussion. First, how involved should the supervisory authority be in the bank's business model?

Second, one thing is to correct deficiencies and flaws in regulation another thing is to balance the regulation so it 1) does not create administrative burdens that are not proportional with the goal that the rule aims to pursue; 2) does not create uncertainty – the bank must be able to predict how it can comply with the law; and 3) keeping the regulation and supervision flexible so it lives up to a hallmark of corporate governance and leaves room for individual solutions.

Thus, when designing tools to supervise corporate governance, the supervisory authority faces two challenges in the near future: 1) how precise must the wording of the title be constructed to offer base for the supervisory tools and 2) how to balance the regulation. In Europe this task is also largely left with EBA which has the authority to work for convergence in supervisory practices and in creating *the single supervision handbook.*

Lokalitetsprincippet og kommunal forsyningsvirksomhed

af

Bent Ole Gram Mortensen[1]

1. Indledning

Kommunal forsyningsvirksomhed er en gammel foreteelse, der har undergået en del ændringer i årenes løb. I de senere år ses i Danmark en tendens mod større kommunale forsyningsvirksomheder, hvoraf nogle organiseres i privatretlige former, typisk som kapitalselskaber.

I visse tilfælde ses det, at flere kommuner går sammen om ejerskabet for derved at opnå et selskab med en størrelse, der formodes at kunne levere en effektiv drift. Det er en tendens, der også er set inden for privatejede forsyningsvirksomheder. I den forbindelse kan man spørge, om de kommunale forsyningsvirksomheder fortsat skal agere som kommunale virksomheder og dermed fokusere på ejerkommunens eller ejerkommunernes interesse i at forsyne egne borgere, eller om der skal fokuseres mere forretningsmæssigt uden hensyn til kommunegrænser.

I det lys bliver de retlige rammer for kommunal forsyningsvirksomhed – det såkaldte lokalitetsprincip – relevant.

2. Danske kommuner og erhvervsudøvelse

Danske kommuner er som hovedregel afskåret fra at udøve egentlig erhvervsvirksomhed i konkurrence med private aktører uden særlig lovhjemmel. Således antages der generelt at eksistere et uskrevet forbud mod, at kommuner deltager i handelsvirksomhed, håndværksvirksomhed, industrivirksomhed eller finansiel virksomhed – eller med et andet udtryk »kommunale erhvervsaktiviteter«.[2]

[1] Denne artikel udgør en del af forskningen i Strategic Research Centre for 4th Generation District Heating (4DH), som har modtaget støtte fra Det Strategiske Forskningsråd. Et arbejdsudkast har været præsenteret på Nordisk forvaltningsretligt seminar i Bergen, august 2012.

[2] Se mere generelt om kommunal erhvervsaktivitet i Michael Steinicke: Kommunale aktiviteter, Nyt juridisk forlag 2003, s. 25 ff.

Begrebet »kommunal erhvervsaktivitet« er ikke særligt velafgrænset. Efter tilsynspraksis antages det at omfatte »handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed.« Det er uden betydning, om aktiviteten drives med fortjeneste for øje.

Hjemmelskravet gælder uanset organisationsform. Det er således ikke muligt at omgå hjemmelskravet ved f.eks. at placere aktiviteten i privatretlige selskabsformer. Som udgangspunkt er det for øvrigt ikke tilladt at placere kommunale aktiviteter i privatretlige selskabsformer. Dette skyldes, at en sådan organisationsform ville unddrage aktiviteten fra de regler om offentlighed og styreform, der findes i de forvaltningsretlige love[3] og i kommunestyrelsesloven.[4] Tillige gælder den regel, at kommuner, i fravær af lovhjemmel, er afskåret fra at udføre opgaver, der i overvejende grad eller udelukkende har profitformål.[5]

Undtagelserne til disse hovedregler findes ikke blot i kraft af eksplicit lovhjemmel til en konkret aktivitet, men også i den såkaldte kommunalfuldmagt. Lovfæstet hjemmel kan bl.a. findes dels i forskellige forsyningslove og i de kommunale erhvervslove.

Begrebet »de kommunale erhvervslove« dækker over erhvervsfremmeloven[6] og den kommunale opgaveudførelseslov.[7] Disse bestemmelser skal ikke i nærværende artikel gøres til genstand for en nærmere behandling.

Denne artikel vil fokusere på ét af elementerne i kommunalfuldmagten – det såkaldte lokalitetsprincip – og analysere det i forhold til den danske regulering af forsyningsområdet.

3. Kommunalfuldmagten i dansk ret

Overordnet kan kommunalfuldmagten beskrives som kommunernes ret til at beskæftige sig med visse ulovbestemte opgaver af økonomisk karakter.[8]

[3] Primært forvaltningsloven (senest lovbekendtgørelse nr. 988 af 9. oktober 2012), offentlighedsloven (senest lov nr. 606 af 12. juni 2013) og ombudsmandsloven (senest lovbekendtgørelse nr. 349 af 22. marts 2013).

[4] Senest lovbekendtgørelse nr. 971 af 25. juli 2013.

[5] Se herom i Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, s. 102 ff.

[6] Lovbekendtgørelse nr. 1715 af 16. december 2010 om erhvervsfremme.

[7] Lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber.

[8] For en mere generel behandling af kommunalfuldmagten henvises til generelle værker, herunder Sten Bønsing: Almindelig forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013, s. 325-330, Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004 s. 33-201, Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002, Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, Jens Garde & Karsten Revsbech: Kommunalret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011, s. 11 ff., Sten Røns-

Begrebet omfatter ikke egentlige myndighedsopgaver (forbud, påbud og lignende myndighedsafgørelser mv.).

Dette er den sædvanlige og snævre betydning, som begrebet sædvanligvis anvendes i henholdsvis tilsynspraksis og i den overvejende del af litteraturen. Der findes dog også en bredere forståelse af begrebet, der omfatter såvel de lovbestemte, som de ulovbestemte opgaver.[9]

Kommunalfuldmagten er dermed med til at regulere grænsen mellem den private og den offentlige sektor. Eksistensen heraf er udtryk for, at den almindelige kommunale kompetence i Danmark er positivt afgrænset.

Det samme er tilfældet i Sverige, hvor den almene kommunalfuldmagt dog er lovfæstet i den svenske kommunallagen, kap. 2, § 1, hvoraf følger en hjemmel til at beskæftige sig med sådan virksomhed, der har en almen kommunal interesse og har tilknytning til kommunen, uden at kompetencen er tillagt staten, en anden kommune mv.[10] I modsætning hertil antages den almindelige kommunale kompetence i Norge at være negativt afgrænset.[11]

Kommunalfuldmagten er udviklet på basis af de traditioner og faktiske regler, der er opstået i forbindelse med kommunernes faktiske opgavevaretagelse. Der er praktisk taget ingen domstolspraksis på området, men det kommunale tilsyns praksis har til gengæld bidraget til afgrænsningen. Nogen skarp afgrænsning kan der ikke siges at være tale om.[12]

Kommunalfuldmagten udgør således et uskrevet (ulovfæstet) retsgrundlag. Kommunalfuldmagten antages at være på »lovs niveau« i den retlige trinfølge, således at kommunalfuldmagten kun kan ændres ved lov. Det kræver lovgivers medvirken at ændre denne grænse. I forhold til skreven lovgivning anses kommunalfuldmagten dog som subsidiær, et forhold der også kan begrundes i det almindelige lex specialis-princip.[13]

Som retsgrundlag bygger kommunalfuldmagten på forholdets natur og retssædvane. Forholdets natur anvendes som følge af kommunernes status som selvstændigt retssubjekt og egne økonomiske midler som et lokalt fæl-

---

holdt: Kommunalret i grundtræk, Forlaget Thomson 2008, s. 51 ff., Carsten Henrichsen: Offentlig forvaltning, 2. udg., Forlaget Thomson, 2006, s. 564 ff. og Indenrigsministeriets betænkning nr. 1153/1988: Kommunerne og erhvervspolitikken, s. 70 ff.

[9] Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 33.

[10] Tobias Indén: Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättslige begränsningar, Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, nr. 19, 2008 og Lindquist: Kommunala befogenheter, Norstedts juridik.

[11] Se hertil Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove: Kommunalrett, 4. udgave, Universitetsforlaget, 2002, s. 76-83.

[12] Se hertil Indenrigsministeriets betænkning nr. 1153/1988: Kommunerne og erhvervspolitikken, s. 70 ff.

[13] Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 33 f.

lesskab. Retssædvanen bygger på kommunernes opgavevaretagelse siden midten af det 19. århundrede og det forhold, at lovgivningsmagten i al fald stiltiende har anerkendt eksistensen af en kommunalfuldmagt.[14]

Spørgsmålet om, i hvilket omfang kommunalfuldmagtsreglerne konkret er subsidiære i forhold til lovbestemt regulering, må dog bero på en fortolkning af de konkrete lovregler.

Et eksempel, på at det ikke nødvendigvis er tilfældet, findes i den kommunale opgaveudførelseslov. Af de specielle bemærkninger[15] i forarbejderne til lovens § 1 anføres: »Den foreslåede bestemmelse medfører, at opgaver, som det i øvrigt i lovgivningen er bestemt eller forudsat, at kommuner kan udføre for andre offentlige myndigheder, falder uden for denne lovs anvendelsesområde. Dette gælder både opgaver, som kommuner kan udføre for andre offentlige myndigheder med hjemmel i skreven lov, og opgaver, som kommuner i visse særlige tilfælde kan udføre for såvel andre offentlige myndigheder som private efter de almindelige retsgrundsætninger om kommunernes opgavevaretagelse – de såkaldte kommunalfuldmagtsregler«. Her må en konkret fortolkning føre til, at kommunalfuldmagtsreglerne ikke er subsidiære i forhold til skreven lovgivning.

Kommunalfuldmagten er en retlig standard i al fald delvis[16] og som sådan et dynamisk begreb. Retsstandarder er ekstralegale regler, der er karakteriseret ved at hente sit indhold fra normer uden for den egentlige lovgivning.[17] Retsstandarder er ofte udviklet i praksis, og for kommunalfuldmagtsreglernes vedkommende er de udviklet i den kommunale tilsynspraksis og kan i deres oprindelse muligvis tilskrives en baggrund i »forholdets natur«.[18]

Det kan diskuteres, hvorvidt der i selve myndighedernes natur ligger en særlig hjemmel til at varetage visse opgaver. Begrebet myndighedsfuldmagt har bl.a. været anvendt herom som betegnelse for en almindelig grundsætning, hvorefter »en offentlig myndighed også uden lovhjemmel kan udføre

[14] Sten Rønsholdt: Kommunalret i grundtræk, Forlaget Thomson 2008, s. 51.

[15] Lovforslag L 176 som fremsat den 22. marts 2006: Forslag til lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber. (Lov om kommuners og regioners erhvervsaktiviteter). Se http://www.ft.dk/samling/20051/lovforslag/L176/som_fremsat.htm#dok.

[16] Se således Erik Harder: De kommunale opgaver. Kommunalfuldmagten, Juristforbundets Forlag 1965, s. 26 og Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 35 f.

[17] Se f.eks. Sten Bønsing: Brancheregler og brancheproces, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001, s. 16 og Ragnar Knoph: Rettslige standarder. Særlig grunnlovens paragraf 97, Oslo, 1948.

[18] Se f.eks. Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 35 og Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, s. 28.

dispositioner, som naturligt ligger inden for myndighedens formål, således som det er kommet til udtryk ved de opgaver og kompetencer, der allerede er tildelt myndigheden ved lov«.[19] Begrebet har været anvendt i forhold til regionerne af Indenrigs- og Sundhedsministeriet.[20] Domstolene har så vidt vides ikke anvendt begrebet endnu.

Der er langt fra enighed om eksistensen af en sådan generel myndighedsfuldmagt i dansk ret.[21] Derimod er der enighed om, at offentlige organer kan foretage visse dispositioner, uden at det nødvendigvis kræver eksplicit lovhjemmel. Det følger af den almindelige forståelse af legalitetsprincippet.[22] Denne kan eventuelt findes i retssædvaner, retsgrundsætninger, retspraksis, betragtninger om at undgå værdispild eller forholdets natur. I den forbindelse må også indgå det almindelige princip om lempelse/skærpelse af hjemmelskravet, alt efter, hvor indgribende et forhold der er tale om.[23]

På det kommunalretlige område antages forbuddet mod handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed tillige at modificeres af muligheden for produktion til eget brug, salg af biprodukter, udnyttelse af overskudskapacitet og accessorisk virksomhed.[24]

De tidligere amtskommuner er i Danmark nu erstattet af regioner. Den tidligere amtslige kommunalfuldmagt er ikke videreført for regionernes vedkommende. Derimod anføres det i regionslovens § 5, stk. 2, at Regionsrådet ikke kan varetage andre opgaver end de i stk. 1 nævnte, og i stk. 1 findes ingen hjemmel til elforsyningsvirksomhed.

[19] Se for denne opfattelse i Sten Bønsing: Myndighedsfuldmagten i Ugeskrift for Retsvæsen 2010B.173. Citatet stammer fra s. 177.

[20] Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse af 2. juli 2007, j.nr. 2006-2110/1081-1 (Comwell-sagen). Lone Birgitte Christensen synes at tage denne administrative afgørelse til indtægt for eksistensen af en myndighedsfuldmagt, af hvilken kommunalfuldmagten er en »delmængde«. Se Lone Birgitte Christensen: Det almindelige statslige tilsyn med kommunerne efter tilsynsreformen, Juristen 2008.137 ff., særligt s. 142 f.

[21] Se senest tvisten mellem Sten Bønsing: Myndighedsfuldmagten i Ugeskrift for Retsvæsen 2010B.173 og Søren H. Mørup: Myndighedsfuldmagten? i Ugeskrift for Retsvæsen 2010B.240.

[22] Se om legalitetsprincippet i dansk ret i Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009, s. 150 ff.

[23] Se herom i Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009, s. 179 ff.

[24] Se, om muligheden for produktion til eget brug, salg af biprodukter, udnyttelse af overskudskapacitet og accessorisk virksomhed i Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, s. 108-137.

3.1. Forsyningsvirksomhed og kommunalfuldmagten

Danske kommuner har gennem mange år varetaget en række forsyningsopgaver i forhold til borgerne. Forsyningsvirksomhed[25] har traditionelt været et af de områder, som kommunerne lovligt har kunnet varetage med hjemmel i kommunalfuldmagten.[26] De klassiske kommunale forsyningsydelser er elektricitet, gas, fjernvarme, vandforsyning og kollektiv trafik.

Poul Andersen har tilbage i 1960'erne ud fra det forhold, at byrådet efter en bestemmelse i en tidligere styrelseslov[27] kunne ekspropriere til fordel for anlæg af bl.a. gas-, vand- eller elektricitetsværker konkluderet, at det dermed var forudsat, at kommunen også kunne drive sådanne værker.[28] I Indenrigsministeriets betænkning nr. 1153/1988: Kommunerne og erhvervspolitikken, s. 77 anføres også »forsyningen af borgerne med elementære forbrugsgoder såsom vand, elektricitet, gas, varme mv.« som lovlig kommunal virksomhed. Der henvises til den almindelige begrundelse i den juridiske litteratur – behov for kapitalfremskaffelse til den meget kapitalkrævende anlægsfase for ledningsført forsyning – og til en »interesse i gennem kommunale virksomheder at sikre kontrol med priser og leveringsbetingelser, da forsyningsvirksomheden som regel vil være et lokalt monopol«.

Hertil kommer forsyningsområder som affaldshåndtering (renovation) og vandafledning (spildevandsforsyning), der nu også henregnes til de kommunale forsyningsvirksomheder.[29] Affaldshåndtering minder sammen med spildevandsforsyning om de klassiske forsyningsydelser, men betragtes som en grundejerforpligtelse, hvorfor kommunernes engagement på området har krævet lovhjemmel.[30]

Ovenstående opregning af forskellige typer forsyningsvirksomhed er ikke udtryk for en udtømmende opregning af, hvilke typer forsyningsvirksomhed en kommune lovligt kan drive. Der er blot tale om de mest almindelige typer. Af andre typer kan nævnes antennenet eller bynet, som danske kommu-

[25] Om begrebet »forsyningsvirksomhed«, se Bent Ole Gram Mortensen: Kommunal forsyningsvirksomhed i H.T. Anker m.fl.: Kommunal miljøforvaltning – i retlig belysning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, s. 64 ff.

[26] Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, s. 137. Om begrundelsen for det kommunale engagement, se Indenrigsministeriets betænkning nr. 1153/1988: Kommunerne og erhvervspolitikken, s. 77 ff.

[27] § 23 i dagældende lovbekendtgørelse nr. 328 af 6. juli 1950 om Købstadskommunernes Styrelse.

[28] Poul Andersen: Forvaltningsret, Gyldendal, 1963, s. 652.

[29] Forsyningsvirksomhed udgør en del af det, der normalt betegnes som kommunernes faktiske forvaltningsvirksomhed.

[30] Birgitte Egelund Olsen: Hvile i sig selv princippet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999, s. 40 f. og Indenrigsministeriets betænkning nr. 1153/1988: Kommunerne og erhvervspolitikken, s. 79 f.

ner har drevet. Se f.eks. dommen i UfR 2011.332 V, der dokumenterer Esbjergs ejerskab af en sådan forsyningsvirksomhed. Sagen vedrørte ejerskabet til provenuet i forbindelse med salg af forsyningsvirksomheden. Se ligeledes UfR 1991.373 H, der vedrørte et bynet i Fredericia. Sagen vedrørte tilslutningspligt.

Den traditionelle antagelse om, at kommuner lovligt kan drive kommunal forsyningsvirksomhed er (endnu) en modifikation til det traditionelle udgangspunkt om, at kommunerne ikke lovligt kan drive handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed.

3.2. Kommunalfuldmagtens nærmere indhold

I kommunalfuldmagten indfortolkes normalt en række begrænsninger i, hvilke typer aktiviteter kommunerne kan indgå i. Heri ligger dels en bevarelse af status quo (grænsen mellem privat og offentlig virksomhed må ikke forrykkes og konkurrencen i den private sektor ikke påvirkes),[31] dels en række principper mv., der skal sikre, at kommunen agerer i overensstemmelse med det formål, som kommuner nu engang har. Blandt de principper, der skal overholdes i forbindelse med kommunalfuldmagten, er:

- Kriteriet om den kommunale interesse.
- Almennyttekriteriet.
- Princippet om økonomisk ansvarlighed.
- Forbud mod begunstigelse af enkeltpersoner eller enkeltvirksomheder.
- Forbud mod kommunal berigelse.
- Lokalitetsprincippet.

I det følgende behandles kun lokalitetsprincippet.

4. Lokalitetsprincippet

Kommunal deltagelse i forsyningsvirksomhed forudsætter efter kommunalfuldmagten, at formålet er en lokal opfyldelse af et behov – det såkaldte lokalitetsprincip.[32]

Lokalitetsprincippet afgrænser en kommunes muligheder for at udøve aktiviteter uden særlig lovhjemmel i forhold til dels andre administrative niveauer (staten og regionerne), dels geografisk (i forhold til andre kommu-

[31] Se bl.a. Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 45 f. og Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, s.74 og 92 ff.

[32] Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010, s. 58 ff. og 137. For andre forfatteres behandling af lokalitetsprincippet, se f.eks. Carsten Henrichsen: Offentlig forvaltning, 2. udg., Forlaget Thomson, 2006, s. 566 og Sten Rønsholdt: Kommunalret i grundtræk, Forlaget Thomson, 2008, s. 58 f.

ner). Det er således antaget, at aktiviteter igangsat under kommunalfuldmagten skal være til gavn for kommunens borgere, herunder erhvervsdrivende, virksomheder mv. Det behøver dog ikke nødvendigvis at være til gavn for alle. Der kan således ikke med hjemmel i kommunalfuldmagten iværksættes aktiviteter, der primært har til formål at forsyne borgerne i andre kommuner. Det hindrer dog ikke, at en aktivitet også kan være til gavn for andre borgere. Blot den interessemæssige tilknytning ligger i kommunen.[33] Den geografiske placering af aktiviteten er også væsentlig.[34] En kommune kan således fuldt lovligt have anlæg eller ejendom i andre kommuner, blot formålet er at tilgodese egne borgere.[35]

Princippet er bærer af det basale rationale, at en kommune primært er til for at tilgodese egne borgere. Det synes da også naturligt, at en lokalt folkevalgt forsamling primært skal varetage interesserne for borgerne i det lokale område, som forsamlingen nu engang er valgt til at styre.

Heide-Jørgensen anfører direkte, at går den kommunale service uden for kommunegrænserne, »kan formentlig kun hensyn til andre offentlige organers uforstyrrede opgavevaretagelse betinge, at kommunens adfærd karakteriseres som retsstridig«.[36] *Heide-Jørgensen* er dog eksponent for en kritik af den traditionelle lære om kommunalfuldmagten og kravet om lovhjemmel. Denne kritik har ikke hidtil formået at ændre administrativ praksis.

Lokalitetsprincippet anses generelt for et af de svagere principper i kommunalfuldmagten. Det har således med baggrund i ministeriel praksis været antaget, at princippet kan vige, hvis der foreligger væsentlige, relevante modhensyn.[37]

I den såkaldte pudsekludesag om et fælleskommunalt affaldsselskabs produktion og salg af pudseklude anførte Indenrigsministeriet følgende: »En kommunes eller et kommunalt fællesskabs aktiviteter er som udgangspunkt begrænset til at vedrøre kommunens eller det kommunale fællesskabs eget geografiske område. Dette princip – det såkaldte lokalitetsprincip – antages i et vist begrænset omfang at kunne fraviges, navnlig hvor der foreligger en generel kommunal interesse heri.« I den konkrete sag fandt Indenrigsministeriet »ikke tilstrækkeligt grundlag for at udtale, at Affaldsregion Nords

[33] Se f.eks. Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 44.

[34] Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver. Kommunalfuldmagten mv., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010, s. 59 f., hvor bl.a. feriekolonier og lufthavne nævnes som eksempler på aktiviteter, der lovligt har været placeret uden for kommunegrænsen.

[35] Også egne ansatte vil en kommune lovligt kunne tilgodese, f.eks. gennem anskaffelse af et personalesommerhus uden for egen kommunegrænse.

[36] Mogens Heide-Jørgensen: Den kommunale interesse, GEC Gad 1993, s. 263.

[37] Jens Garde & Karsten Revsbech: Kommunalret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011, s. 22 f.

modtagelse og forarbejdning af affald fra kommuner, som ikke var tilsluttet affaldsselskabet, var ulovlig«.[38] I sagen var der egentlig klaget over, at den kommunale produktion fortrængte anden eksisterende produktion, og at Affaldsregion Nord, der beskæftigede langtidsledige, derved overtrådte et forbud herimod i lov om beskæftigelsesmuligheder for unge m.v. Dette blev afvist, og sagen blev afgjort efter kommunalfuldmagtsreglerne. I forhold til lokalitetsprincippet blev der – ud over princippets ikke særligt præcise karakter – lagt vægt på, at det i miljølovgivningen var forudsat, at kommunale affaldsselskaber kunne modtage affald fra kommuner uden for deltagerkredsen.

I en sag om en påtænkt opførelse og udlejning af et kommunalt uddannelseshus[39] udtaler Indenrigsministeriet: »Det omtalte lokalitetsprincip er imidlertid ikke udtryk for en særlig præcis afgrænsning af kommunale myndigheders kompetence, og princippet giver derfor ikke et klart grundlag for at udtale, i hvilken udstrækning en kommune lovligt kan yde tilskud til private seminariers anlægsudgifter. Lokalitetsprincippet kan dog medvirke til en afgrænsning af, hvilke kommunale hensyn der i en samlet interesseafvejning kan begrunde, at en kommune lovligt kan yde til et privat seminariums anlægsudgifter.«

På baggrund af hidtidig praksis må det antages, at lokalitetsprincippet i tilsynspraksis vil indgå i en meget konkret afvejning, hvor modhensyn kan indebære en fravigelse af lokalitetsprincippet.

5. Forsyningssektorernes regulering

Gennem de senere årtier er der i Danmark blevet indført specifik lovgivning, der regulerer de enkelte forsyningssektorer. De betydeligste forsyningsområder – affald, el, fjernvarme, gas, spildevand og vand – er nu eksplicit reguleret i lovgivningen, ofte i form af specifikke forsyningslove.

I de senere år er disse forsyningslove på flere områder blevet tilført egentlige hjemmelsbestemmelser, der lovfæster den kommunale ret til opgavevaretagelse på det pågældende område, noget der ellers tidligere blev reguleret af kommunalfuldmagten.

Der findes nu eksplicitte hjemmelsbestemmelser, der på visse betingelser tillader kommunernes deltagelse i forsyningsvirksomhed i § 4 i elforsyningsloven,[40] § 5 i naturgasforsyningsloven[41] og § 15 i vandsektorloven.[42]

[38] Se Indenrigsministeriets skrivelse af 8. marts 1994 til V. Burcharth & Søn A/S, 2. k.kt., j.nr.1992/1123-500-1, »pudsekludesagen«, s. 42 ff.

[39] Indenrigs- og Sundhedsministeriets skrivelse af 4. februar 2003 til Thisted Byråd, Stabsenheden, j.nr. 2003-2122/787-1, »uddannelseshussagen«, s. 14.

[40] Lovbekendtgørelse nr. 279 af 21. marts 2012 om elforsyning.

[41] Lovbekendtgørelse nr. 996 af 13. oktober 2011 om naturgasforsyning.

[42] Lov nr. 469 af 12. juni 2009 om vandsektorens organisering og økonomiske forhold.

På affaldsområdet forpligtiges kommunerne til at udbyde visse indsamlingsordninger, jf. §§ 24-37 i affaldsbekendtgørelsen.[43] Trafikselskabslovens § 1 pålægger kommunerne at deltage i regionale trafikselskaber. Én væsentlig forsyningssektor falder udenfor. Den kollektive varmeforsyning (fjernvarme og bygas) mangler en eksplicit hjemmelsbestemmelse til kommunal deltagelse i sektorlovgivningen.

I det følgende eksemplificeres problemstillingen vedrørende lokalitetsprincippet ved en analyse af to udvalgte forsyningssektorer – elforsyning og fjernvarmeforsyning. De to sektorer er udvalgt, fordi de repræsenterer modsætninger. Elforsyning er en liberaliseret sektor underlagt EU-markedsregulering, med sammenkoblede distributionsvirksomheder og en eksplicit hjemmelsbestemmelse. Fjernvarme er primært en monopolsektor uden en EU-markedsregulering med kun stedvis regional sammenkobling af distributionsnet og uden en eksplicit hjemmelsbestemmelse.

I det følgende behandles den konkrete hjemmelsregulering for hver af de to udvalgte sektorer. I det omfang det har været muligt at finde erfaringer med lokalitetsspørgsmålet, inddrages de også.

5.1. Elforsyning

Elforsyningssektoren i Danmark reguleres primært af elforsyningsloven. Hertil kommer en række bestemmelser i bl.a. Energinet.dk-loven[44] og VE-loven.[45]

Kommunernes engagement på elforsyningsområdet var i mange år reguleret af kommunalfuldmagten. Først i 1993 blev retten for kommunerne til at bedrive elforsyningsvirksomhed lovfæstet.[46] Den nuværende hjemmel til kommunal deltagelse i elforsyningsvirksomhed, jf. lovens § 4, stk. 1, jf. § 2, stk. 1.

Elforsyningslovens § 4, stk. 1 og 2 har følgende ordlyd:

»*Stk. 1.* En kommune kan varetage netvirksomhed med færre end 100.000 tilsluttede forbrugere og produktion af elektricitet ved afbrænding af affald. En kommune kan deltage i selskaber med begrænset ansvar, som varetager virksomhed, som er omfattet af § 2, stk. 1. En kommune kan deltage i elhandelsvirksomheder, som handler med CO_2-kvoter og CDM- og JI-kreditter, når det udelukkende sker med henblik på annullering i det danske

[43] Bekendtgørelse nr. 1309 af 18. december 2012. Udstedt med hjemmel i miljøbeskyttelsesloven.

[44] Lovbekendtgørelse nr. 1097 af 8. november 2011 om Energinet.dk.

[45] Lovbekendtgørelse nr. 1074 af 8. november 2011 om fremme af vedvarende energi.

[46] Ændringslov nr. 445 af 30. juni 1993, der vedrørte en tidligere elforsyningslov. Hjemmelsbestemmelsen er videreført i den nugældende elforsyningslov.

kvoteregister, jf. lov om CO_2-kvoter, og i direkte forbindelse med salg af elektricitet.

Stk. 2. En kommune kan deltage i anden virksomhed, som har nær tilknytning til en virksomhed omfattet af § 2, stk. 1, som kommunen varetager eller deltager i. Tilsvarende gælder for Energinet.dk.«

Henvisningen til § 2, stk. 1 i § 4, stk. 1, 2. pkt. medfører, at hjemmelsbestemmelsen omfatter »produktion, transport, handel og levering af elektricitet«. Hertil kommer så de direkte anførte opgaver – CO_2-kvoter, CDM- og JI-kreditter samt anden virksomhed, som har nær tilknytning til en virksomhed omfattet af § 2, stk. 1.

I lovbemærkningerne til hjemmelsbestemmelsen omtales forholdet til kommunalfuldmagten ikke eksplicit.[47] Men elementer som hvile i sig selv-princippet prækluderes dog.

Med lovfæstningen af kommunernes ret til at deltage i elforsyningsvirksomhed blev der heller ikke indført noget eksplicit krav om, at elforsyningsaktivitet for kommunale aktører skulle være lokalt forankret. Det ville have været naturligt eksplicit at have anført en sådan begrænsning, især fordi lovbemærkningerne også anfører, at kommunernes engagement i aktiviteter omfattet af elforsyningsloven skal ske på samme vilkår, som alle andre virksomheder.

I lovbemærkningerne er følgende passus indsat: »Som konsekvens heraf vil det være Energitilsynet og miljø- og energiministeren – og ikke de kommunale tilsynsmyndigheder – der i overensstemmelse med lovens regler har kompetence til at tage stilling til eventuelle konflikter i forbindelse med den virksomhed, som kommuner og amtskommuner udøver efter denne lov.« Lovgiver har næppe forestillet sig, at Energitilsynet eller ressortministeren for energiområdet skulle behandle kommunalfuldmagtsregler. Det må forstås således, at disse bestemmelser ikke længere finder anvendelse. Det falder også i tråd med en anden bemærkning om, at kommunernes »engagement i aktiviteter omfattet af loven sker på samme vilkår, som alle andre virksomheders engagement heri.«[48]

På elforsyningsområdet har det da heller ikke været uset, at kommuner i praksis kunne dominere forsyningen i områder, der strækker sig ud over egne grænser.[49] Det var således tilfældet med elforsyningsvirksomheden NESA A/S, der havde Gentofte Kommune som hovedaktionær med 56,7 % af aktierne.[50] NESA's forsyningsområde omfattede Nordsjælland, kommuner-

[47] Folketings Tidende 1998-99, tillæg A, s. 5892-93.
[48] Folketings Tidende 1998-99, tillæg A, s. 5892-93.
[49] Folketings Tidende 1991-92, tillæg A, sp. 1240.
[50] Andre storaktionærer var Københavns Amt (22 %) og DONG (13 %). NESA indgår nu i det overvejende statsejede energiselskab DONG Energy A/S.

ne omkring Roskilde og de fleste københavnske omegnskommuner.[51] Denne konstruktion har været almen kendt, uden at lovgiver eller det kommunale tilsyn har fundet anledning til at gribe ind heroverfor.

Ligeledes har bl.a. kommunale elforsyningsvirksomheder deltaget i kraftværkssamarbejder og har aktuelt medejerskab til regionale transmissionsselskaber, der i sagens natur ikke er begrænset til den enkelte kommune.

Der er ikke i forbindelse med denne artikel foretaget nogen generel undersøgelse af, i hvilket omfang kommunale forsyningsvirksomheder baseret på hjemmel i kommunalfuldmagten har leveret ud over kommunegrænsen.

Det er derfor nærliggende at antage, at lokalitetsprincippet ikke i praksis har vægtet særligt tungt på elforsyningsområdet.

På den baggrund må det være nærliggende at antage, at der i elforsyningsloven er hjemmel til elforsyningsaktiviteter, uanset om kommunens engagement ikke retter sig mod lokal forsyning. Det har dog ikke nødvendigvis været antagelsen hos de kommunale tilsynsmyndigheder. Et tilfælde findes i Tilsynets udtalelse af 31. august 2001 vedrørende 5 havvindmøller ved Samsø.

Samsø havvindmølleprojekt blev etableret af Samsø Havvind A/S, og de 5 af de 10 havvindmøller med en samlet effekt på 23 MW blev nettilsluttet primo 2003. I Energistyrelsens etableringstilladelse af 13. december 2001 er det eksplicit anført, at Samsø Kommune vil finansiere de 5 af havvindmøllerne og alene hæfte for de 5 havvindmøller, som de ejer.

Tilsynsrådet udtalte sig om lovligheden af projektet. Tilsynsrådet går i sin udtalelse ud fra, at »de almindelige kommunalfuldmagtsregler fortsat finder anvendelse ved siden af elforsyningsloven, således at en kommune ikke lovligt kan varetage en ellers lovlig opgave efter elforsyningsloven, såfremt formålet hermed er en erhvervsmæssig investering, dvs. at opgaven varetages med det formål at tjene penge.« Denne antagelse er ikke uden videre indlysende. Elforsyningslovens § 4 indeholder som ovenfor anført en generel hjemmel for kommunerne til at varetage elforsyningsvirksomhed, herunder elproduktionsvirksomhed. Og der er ikke indsat forbehold om formålet med kommunernes engagement eller forbud mod profitformål.

Det er dog forståeligt, at de kommunale tilsynsmyndigheder ikke umiddelbart finder, at kommunalfuldmagtsreglerne med § 4 i elforsyningsloven er ophævet i forhold til kommunernes engagement i elforsyningsvirksomhed. Hjemmelsbestemmelsen medfører reelt, at kommunerne kan drive en konkurrenceudsat erhvervsvirksomhed. Det er ikke uden risiko, og i sidste ende kan regningen for et fejlslagent erhvervseventyr ende på skatteydernes bord. Risikobetragtningen er der dog gjort op med. Det er sket ved elforsyningslovens krav om, at virksomheden skal drives i et selskab med begræn-

[51] Oplysningerne stammer fra Konkurrencestyrelsens rapport: Fusionen mellem Elsam og NESA, marts 2004.

set ansvar. Ligeledes giver hjemmelbestemmelsen mulighed for overskud ved udbytte eller salg af ejerandele. Disse forhold er der også gjort op med ved de såkaldte lex nesa-bestemmelser.

I 1997 blev den dagældende elforsyningslov tilføjet en særlig bestemmelse, der skulle reducere kommuners incitament til at sælge kommunal elforsyningsvirksomhed. Lovændringen (ofte betegnet som lex nesa)[52] blev til på baggrund af en tilkendegivelse fra Gentofte Kommune om, at den ville sælge sin aktiepost i NESA A/S. Bestemmelsen medførte, at en kommune i forbindelse med et eventuelt salg skulle opgøre sit nettoprovenu ved salget (salgsprisen minus indskudskapital og eventuel indestående forrentning). Nettoprovenuet ville senere blive fradraget i statstilskuddet til kommunen. Det var herefter begrænset, hvad kommunerne kunne få ud af et salg, og de fleste kommunale ejere af elforsyningsvirksomheder afventede da også bedre tider.

På elforsyningsområdet blev den oprindelige udgave af lex nesa afskaffet i 2003.[53] Kommunen kan nu indgå en deponeringsordning med frigivelse af det ved afhændelsen erhvervede beløb over en 10-årig periode. I de kommunale statstilskud efter den kommunale udligningslov vil der herefter blive modregnet 40 % af overskuddet ved salget. Det deponerede beløb kan dog med Indenrigsministeriets godkendelse reduceres, såfremt kommunen ekstraordinært nedbringer sin gæld. Uden en sådan deponeringsordning vil modregningsprocenten være 60 %.

Endelig er der risiko for konkurrenceforvridning via kommunal støtte – direkte eller indirekte – til kommunens egen aktør eller til lokale aktører. Sådanne forhold er imidlertid reguleret ved statsstøtteforbuddet i henholdsvis konkurrencelovens § 11a og EUF-traktatens artikel 107.

5.2. Varmeforsyning

Varmeforsyningsloven[54] regulerer visse dele af varmeforsyningssektoren i Danmark. Det drejer sig primært om den kollektive forsyningsform fjernvarme. I loven fastlægges der særlige regler for kollektive varmeforsyningsanlæg (fjernvarme, blokvarme og bygas). Reguleringen omfatter primært planbestemmelser og prisreguleringsbestemmelser.

Derimod er individuelle forsyningsformer (oliefyr mv.) som udgangspunkt ikke underlagt tilsvarende sektorspecifik regulering. Varmeforsyningslovens kapitel 2 indeholder dog planbestemmelser, der giver mulighed for at sætte grænser for udbredelsen af individuelle opvarmningsformer. Naturgasforsyning reguleres også af disse planbestemmelser.

[52] Ændringslov nr. 189 af 12. marts 1997.

[53] Ændringslov nr. 452 af 10. juni 2003. Lex nesa-princippet lever dog fortsat i den ældre version i naturgasforsyningslovens § 35 og varmeforsyningslovens § 23 l.

[54] Lovbekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011 om varmeforsyning.

Varmeforsyningsloven indeholder ingen eksplicit hjemmel til kommunal drift af et kollektivt varmeforsyningsanlæg, der bl.a. omfatter fjernvarmenet og decentrale fjernvarmeproduktionsanlæg, jf. varmeforsyningslovens § 2.

Varmeforsyningslovens § 2 afgrænser de af loven omfattede anlæg:

»Ved kollektive varmeforsyningsanlæg forstås virksomhed, der driver følgende anlæg med det formål at levere energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand, jf. dog stk. 2:

1) Anlæg til produktion og fremføring af andre brændbare gasarter end naturgas.

2) Anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp fra kraft-varmeværker, affaldsforbrændingsanlæg, industrivirksomheder, geotermiske anlæg m.v.

3) Fjernvarmeforsyningsanlæg, solvarmeanlæg, affaldsforbrændingsanlæg m.v., herunder kraft-varmeanlæg med en eleffekt op til 25 MW.

4) Blokvarmecentraler, herunder kraft-varmecentraler med en eleffekt op til 25 MW.«

Visse anlæg afskæres efter særlige de minimis-bestemmelser.

Kommunernes ret til drift af kollektive varmeforsyningsanlæg er dog forudsat i varmeforsyningsloven, især i dennes kapitel 4 b om overdragelse af virksomhed, udskillelse af aktiviteter og forbrugerindflydelse.

Uden en eksplicit hjemmel til kommunal drift af fjernvarmevirksomhed må hjemlen hertil søges i kommunalfuldmagten, der sædvanligvis er subsidiær i forhold til eksplicit lovgivning. I litteraturen antages det kommunale engagement i kollektiv varmeforsyning da også at bygge på kommunalfuldmagten.[55]

Det er herefter spørgsmålet, om en kommune har hjemmel til at etablere varmeforsyningsvirksomhed med henblik på at forsyne en nabokommunes borgere med varme, eller om det vil være udelukket som følge af lokalitetsprincippet.

Efter lokalitetsprincippets logik skulle etablering af anlæg til forsyning af andre kommuners borgere forudsætte, at etablering af de pågældende anlæg er en nødvendig forudsætning for at kunne forsyne egne borgere. Denne forudsætning bygger på en udtalelse fra Indenrigsministeriet af 9. oktober

[55] Se således Bent Ole Gram Mortensen & Pernille Aagaard Truelsen: Varmeforsyning i E.M. Basse: Miljøretten. Bind 6. Energi og klima, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008, s. 354, Bent Ole Gram Mortensen & Rikke Gottrup: Kommunal varmeplanlægning i retlig belysning, Jurist- og økonomforbundets Forlag, 2007, s. 32 samt Inger Mogensen & Dario Silic: Kommunalfuldmagtsreglerne i praksis, Nyt juridisk forlag, 2004, s. 124 ff. Sidstnævnte henviser til indenrigsministerielle afgørelser.

1997.[56] Ministeriet udtalte sig om en sag vedrørende et kommunalt værks etablering af et biogasanlæg i en nabokommune med henblik på at forsyne nogle af nabokommunens borgere med energi, hvor Indenrigsministeriet ikke fandt det lovligt efter kommunalfuldmagten at etablere det pågældende biogasanlæg. Ved vurderingen af afgørelsens præjudikatværdi må det fremhæves, at der her var tale et anlæg, der fungerede uafhængigt af andre anlæg og forsyningssystemer. Det var således ikke tale om, at en kommune ville udvide et forsyningsnet eller lignende ind på nabokommunens område. At der var tale om et biogasværk var i sig selv ikke problematisk. I en senere afgørelse fandt de kommunale tilsynsmyndigheder da også, at en kommune godt kunne »etablere og drive et biogasanlæg med henblik på forsyning af varme til borgere i kommunen.«[57]

Der har tidligere været i al fald ét tilfælde af kommunal forsyning af kollektiv varmeforsyning på tværs af kommunegrænser. I en Højesteretsdom fra 1946, der vedrørte et skattemæssigt spørgsmål, fremgår, at Københavns Kommunes Belysningsvæsen i 1930 ved aftale havde fået eneret på gasforsyning i Rødovre.[58] Afgørelsen bygger dels på aftaleretlige, dels på skatteretlige overvejelser, og har næppe nogen betydning for vurderingen af lokalitetsprincippet.

Varmeforsyningssektoren har ikke været underlagt den samme liberaliseringsproces, som elforsyningssektoren har. Fjernvarme- og bygasforsyning er primært et lokalt og eventuelt regionalt monopol. Der er – bortset fra regionale transmissionsnet – ikke sket en sammenkobling af fjernvarme- og bygasnet i overordnede nationale transmissionsnet sammenkoblet på tværs af landegrænser. EU har derfor heller ikke haft en interesse i at gøre fjernvarme til en del af det indre marked, og der er da heller ikke noget markedsdirektiv på området.

Der er dog andre hensyn for især fjernvarmeforsyning, der kan tale for en lempelig forståelse af lokalitetsprincippet. Eksistensberettigelsen for fjernvarme som forsyningsteknisk løsning er bl.a. evnen til at udnytte overskudsenergi, herunder kølevandet fra elværker og affaldsforbrændingsanlæg, der ellers ville skulle udledes eller bortkøles som spildvarme. Hvis en udstrækning af et fjernvarmenetværk ud over kommunegrænsen kunne med-

[56] Se hertil Bent Ole Gram Mortensen & Pernille Aagaard Truelsen: Varmeforsyning i E.M. Basse: Miljøretten. Bind 6. Energi og klima, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008, s. 354. Indenrigsministeriets (Kommunalafdelingens) skrivelse af 9. oktober, 1997 til Tilsynsrådet for Ringkjøbing Amt, j.nr. 1997/11121/650-2.

[57] Statsforvaltningen Midtjyllands udtalelse af 24. februar 2011 til Ringkøbing-Skjern Kommunalbestyrelse, j.nr. 2010-613/740.

[58] Højesterets dom af 5. februar 1946, Rødovre Sogneraad mod Københavns Magistrat, Ugeskrift for Retsvæsen 1946, s. 326 ff.

føre en øget nyttiggørelse af denne spildvarme, kunne det være et modsatrettet hensyn i forhold til lokalitetsprincippet.

Formålsbestemmelsen i varmeforsyningslovens § 1 anfører netop fremme af »den mest samfundsøkonomiske, herunder miljøvenlige, anvendelse af energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand og inden for disse rammer at formindske energiforsyningens afhængighed af fossile brændsler«. Endvidere skal tilrettelæggelsen af varmeforsyningen »ske med henblik på at fremme samproduktionen af varme og elektricitet mest muligt.«

6. Sammenfatning om præklusion af kommunalfuldmagten i forbindelse med specialhjemmel

På elforsyningsområdet synes forholdet relativt enkelt. Selv om det ikke ud fra lovteksten og forarbejderne er fuldstændigt klart, at hjemmelsbestemmelsen i elforsyningsloven fuldstændigt har prækluderet kommunalfuldmagten – og dermed lokalitetsprincippet, tilsiger en formålsfortolkning med vægt på etablering af et liberaliseret elmarked, at kommunerne ikke kan være bundet af kommunegrænserne.

På varmeforsyningsområdet findes der ingen eksplicit hjemmelsbestemmelse, der kan prækludere kommunalfuldmagten og dermed lokalitetsprincippet. Her må det afgørende være en afvejning af hensynet bag lokalitetsprincippet vejet op mod andre hensyn, f.eks. klima- og energimæssige hensyn.

Meget taler for, at lokalitetsprincippet ikke helt udelukker et kommunalt engagement ud over egen kommunegrænse, f.eks. gennem en udvidelse af et forsyningsnet ind i en nabokommune.

Der er i de senere år foretaget flere anlæg af fjernvarmeforbindelsesledninger mellem fjernvarmedistributionsnet i forskellige byområder eller udbygning af eksisterende fjernvarmedistributionsnet til byområder, der ikke umiddelbart er sammenhængende med hoveddistributionsnettet. Det økonomiske rationale bag disse tiltag skal findes i stordriftsfordele, herunder mulig reduktion af den samlede backup-kapacitet og i muligheden for at udnytte overskudsvarme.

Denne antagelse bygger dels på den vægt (eller mangel på samme), som lokalitetsprincippet tilsyneladende har haft på det beslægtede elforsyningsområde, dels på en vurdering af vægten af lokalitetsprincippet i forhold til modsatrettede hensyn. Især to modsatrettede hensyn/elementer vejer så tungt, at der til trods for lokalitetsprincippet muligvis kan ske en udvidelse af fjernvarmenettet ind i nabokommunen. For det første er der hensynet til den mest samfundsøkonomiske og miljøvenlige energiudnyttelse og hensynet til fortrængelse af fossile brændsler – hensyn der eksplicit indgår i varmeforsyningslovens formålsbestemmelse. I den forbindelse bemærkes, at

kommunen er varmeplanmyndighed. For det andet er der hensynet til effektiv ressourceudnyttelse, jf. i øvrigt formålsbestemmelsen i miljøbeskyttelseslovens § 1, stk. 2, nr. 3.

På grund af hvile i sig selv-princippet er der ingen risiko for berigelse af kommunen, begunstigelse af enkeltpersoner eller forvridning af konkurrencen.[59] Det forhold, at fjernvarmeprojekter i nabokommuner skal projektgodkendes i nabokommunerne betyder endvidere, at hensynet til den geografiske kompetencefordeling og den lokale demokratiske legitimitet ikke vil blive sat ud af kraft.

Det forhold, at en udvidelse af distributionsnettet ind i en nabokommune kunne medføre stordriftsfordele, vil dog næppe i sig selv kunne bære en fravigelse fra lokalitetsprincippet ifølge tilsynspraksis. I ovennævnte sag om et biogasanlæg[60] blev der fra kommunens side argumenteret med stordriftsfordele. Indenrigsministeriet fandt ikke, at stordriftsfordele i sig selv kunne begrunde en fravigelse af lokalitetsprincippet. Der ville som udgangspunkt ikke være tale om nødvendige forudsætninger for driften af anlægget. I samme forbindelse bemærkede Indenrigsministeriet følgende: »En kommune vil således efter Indenrigsministeriets opfattelse kun helt undtagelsesvis ud fra overkapacitetsbetragtninger kunne fravige udgangspunktet om, at en kommune uden lovhjemmel kan drive erhvervsvirksomhed og etablere og drive biogasanlæg med henblik på forsyning af en anden kommunes borgere.«

Generelt må det indgå i vurderingen, hvorvidt en udvidelse af nabokommunens forsyningsnet er den eneste økonomiske realistiske mulighed eller den mest samfundsøkonomiske måde at opnå miljø- og ressourcemæssige gevinster på. Det vil muligvis ikke være økonomisk realistisk at etablere en lokal forsyning i de relevante oplandsområder.

[59] Det er i den forbindelse uden betydning, om borgere med tilslutningsmuligheder i nabokommunerne kan opleve privatøkonomiske fordele ved at overgå til nabokommunens forsyningsselskab, og at de tilsluttede borgere i ejerkommunerne kan opleve en vis privatøkonomisk fordel i kraft af stordriftsfordele.

[60] Indenrigsministeriets (Kommunalafdelingens) skrivelse af 9. oktober 1997 til Tilsynsrådet for Ringkjøbing Amt, j.nr. 1997/11121/650-2.

Eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager

af

Annette Olesen

1. Indledning

Gældsættelse er et overhængende problem for de fleste løsladte i Danmark, som bl.a. kan spores tilbage til deres straffesags behandling. Den 20-årige flergangsdømte Timmy[1], der står til snarlig løsladelse, eksemplificerer den uformelle økonomiske straf, som flere løsladte oplever efter endt straffuldbyrdelse: *»(...)der er ikke noget at komme ud til. Jo, jeg kan komme ud for at få betalt min regning (griner), det er det, jeg kan komme ud til.«*[2]

I et tidligere studie (2013) har jeg ved opfølgende interview over en 2,5 årig periode bl.a. belyst, hvordan en gruppe på 41 flergangsdømte fra danske fængsler forholdt sig til, at de havde en betydelig gæld vedrørende sagsomkostninger.[3] I Danmark bliver domfældte nemlig pålagt at tilbagebetale det offentlige de nødvendige udgifter, der er medgået til behandlingen af deres sag.[4] Studiet belyste, at de løsladtes gældssituation medførte økonomiske, sociale og mentale problemer af forskellig karakter. Gælden, der af de fleste løsladte blev oplevet som ubetalelig og uoverskuelig, betød, at kriminalpræventive forhold såsom tilknytning til det officielle arbejdsmarked eller uddannelsessystem virkede nytteløst og ligegyldigt grundet de lange tilbagebetalingsudsigter. Endvidere medvirkede gælden direkte som indirekte til, at flere genoptog en kriminel løbebane.[5] Eftergivelse af gælden var derfor et generelt ønske blandt de af undersøgelsens respondenter, der ønskede at le-

[1] Navnene på de løsladte, der citeres, er anonymiseret og erstattet af pseudonymer, der er tilfældigt udvalgt via navnedatabasen: http://1001line.dk/navne.

[2] Interviewnote. Datamaterialet, der i nærværende artikel henvises til som interviewnoter, stammer fra studiet Løsladt og gældsat, jf. **Olesen, A. (2013) *Løsladt og gældsat.* København:** Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

[3] Ibid., s. 66-7.

[4] Jf. retsplejelovens §§ 1007 og 1008 (lbk. nr. 1008/2012).

[5] Op. cit. **Olesen (2013).**

ve en kriminalitetsfri tilværelse.[6] I resocialiseringsøjemed findes det således væsentligt at spørge, hvilke muligheder domfældte i Danmark har for at komme ud af denne gældssituation. Har man i Danmark en *reel* mulighed for eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager? Såfremt det ikke er tilfældet, adskiller Danmark sig fra de fleste (hvis ikke alle) andre EU-lande og skandinaviske lande, fordi den danske stat pålægger domfældte i straffesager at tilbagebetale sagens nødvendige omkostninger uden hensynstagen til domfældtes indkomstniveau og uden en generel mulighed for eftergivelse af denne gældstype.[7]

Jeg vil i det følgende behandle nogle af problemstillingerne ved de faktiske muligheder for eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager i Danmark. Først vil omfanget af udgiftsposter ved en straffesag blive skitseret. I forlængelse heraf vil jeg give et generelt overblik over reglerne for opkrævning, inddrivelse og eftergivelse af offentlig gæld og herefter konkretisere de specifikke regler for gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager. Selvom reglerne i retsplejelovens (rpl.) kapitel 91, der omhandler sagsomkostninger, ikke har været underlagt ændringer af betydning siden retsplejereformen (1916), så er der inden for de seneste år sket væsentlige ændringer på andre lovområder, der har betydning for opkrævning, inddrivelse og eftergivelse af denne gældstype.[8] Problemstillingerne ved at gældsætte domfældte i straffesager kan anses som generelle, men vil i nærværende artikel udelukkende omhandle løsladte. Slutteligt i diskussionen inddrages således de forgældede løsladtes oplevelser af eftergivelsesreglerne i Danmark.

1.1. Sagsomkostninger i straffesager

Siden 1916 er omkostninger ved en straffesags behandling blevet udredt af det offentlige. Såfremt en sigtet findes skyldig, har det offentlige ret til at få erstattet de nødvendige udgifter, som er medgået til sagens behandling. Udover forsvarssalær kan de nødvendige udgifter eksempelvis være lægefaglige personundersøgelser, retsmedicinske-, retskemiske og regnskabsmæssige

[6] De løsladte, der genoptager en kriminel tilværelse, oplever ikke i samme grad de negative følger ved gældsættelsen, som de kriminalitetsfrie løsladte gør, og eftergivelse af gæld er derfor af mindre betydning for førstnævnte gruppe, ibid., s. 301-304, 307, 370-1.

[7] Der er i de senere år flere gange blevet fremsat forslag til folketingsbeslutninger og udarbejdet et notat om udformning af regler, der i højere grad giver mulighed for at eftergive gæld vedrørende sagsomkostninger, hvilket ikke har medført nogen ændring på området, jf. B 57/2008, B 56/2011, notat fra Advokatrådets strafferetsudvalg vedrørende sagsomkostninger i straffesager. Senest er der afsat midler til at arbejde med eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger, jf. pkt. om forebyggelse og resocialisering i Aftale om Kriminalforsorgens økonomi 2012-13.

[8] Reglerne for gældssanering vil kun blive behandlet i det omfang, hvor de supplerer med viden om eftergivelsesreglerne.

undersøgelser, eksterne tekniske undersøgelser, brandtekniske, motorkøretøjs, lægefaglige og retsmedicinske erklæringer samt Retslægerådets erklæringer.[9] Omfanget af sagsomkostninger i straffesager steg betydeligt den 1. oktober 1978, da det blev indført, at der skulle betales moms af advokatsalæret.[10] Den kriminaltekniske udvikling af efterforskningsprocessen har desuden øget omkostningerne i straffesager, hvilket DNA-tests bl.a. er et eksempel på.[11] Den personlige hæftelse for sagsomkostninger i straffesager betyder, at domfældte i Danmark ofte har en betydelig gæld til det offentlige, og i enkelte tilfælde en gæld der er ubetalelig over en menneskealder.[12]

Der er forskel på gældsinddrivelsesmetoder, rentetilskrivning, pålægning af gebyrer, muligheder for eftergivelse og gældssanering m.m., alt efter hvilke private eller offentlige kreditorer debitor skylder penge, og hvilken gældstype debitor er registreret for. Sagsomkostninger, konfiskation og bøder betegnes som en *særlig* gældstype, fordi det er gæld forårsaget af en strafferetlig reaktion som konsekvens af en uacceptabel adfærd eller et strafbart forhold.[13] Den særlige gæld medfører et intensivt inddrivelsesarbejde og en beskeden eftergivelsesmulighed, hvilket jeg vil drøfte mere indgående i det følgende.

1.2. Opkrævning og inddrivelse af gæld der betegnes som særlig

Der er de seneste år sket to væsentlige lovændringer, som har indvirket på skyldnernes oplevelser af at have gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager. Den ene lovændring skete den 1. november 2005, da inddrivelse af al gæld til det offentlige blev samlet under Skatteministeriet. Inddrivelsen af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager blev således overført fra politiet til SKATs Restanceinddrivelsesmyndighed (RIM).[14] Med ændringen blev inddrivelsesmetoderne af gæld forårsaget af strafbare forhold udvidet. Den anden ændring, der her skal nævnes, var et resultat af den nye inddri-

[9] Jf. rpl. kap. 91 (lbk. nr. 1008/2012) og bekendtgørelse om takstmæssigt fastsatte sagsomkostninger i straffesager (bek. nr. 371/1977). For en udførlig gennemgang af sagsomkostninger i straffesager se Sørensen, D. A. & Singh, M. (2010) *Sagsomkostninger i straffesager*. Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, Gomard, B. (2013) *Kommenteret retsplejelov*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 615-34, Jørgensen, M. (2004) »Sagens omkostninger« i *Lov & Ret*. Vol. 14(2):3-9, Nautrup, J. (1984) »Sagsomkostninger i retssager« i *Juristen*. Vol. 66(3):73-88.

[10] Ibid., s. 88. Praktikere anslår advokatsalæret til at udgøre minimum 90 pct. af de samlede sagsomkostninger, jf. Rørdam, B. (2010) »Håbløs gæld holder tidligere indsatte fanget« i *Socialrådgiveren*. Vol. 9:23, s. 23.

[11] Jf. Skjødt, B. (2004) »Sagens omkostninger og retssikkerheden« i *Lov & Ret*. Vol. 14(3):16-9, s. 18.

[12] Op. cit. Olesen (2013) s. 145-6, 250-2, 329-31, 367.

[13] Jf. bemærkninger til LF 113/2004 pkt. 2.4. og 2.4.1. og Den juridiske vejledning 2012-2.

[14] Jf. opkrævnings- og inddrivelsesloven § 5, stk. 2 (lov nr. 429/2005).

velseslov, som samlede eksisterende inddrivelsesregler i én lov.[15] Justeringer i sammenlægningen af inddrivelsesreglerne medførte, at der pr. 1. januar 2009 for første gang var hjemmel til at eftergive gæld forårsaget af strafbare forhold (herunder sagsomkostninger).

Ifølge rpl. § 997, stk. 1 har politiet bl.a. til opgave at opkræve sagsomkostninger fra straffesager, når en sådan afgørelse kan fuldbyrdes.[16] Opkrævning omfatter ifølge bødevejledningen det arbejde, der består i at udsende opkrævninger og regninger m.v., eftersyn af rettidig betaling og eventuel opfølgning ved udsendelse af rykkere.[17] Politiet opfordrer skriftligt skyldneren til inden 20 dage at indbetale beløbet.[18] Såfremt skyldneren ansøger om henstand med betaling, kan politiet efter kulance give kortvarig henstand eller efter særlige omstændigheder tillade, at betaling sker i afdrag ved en vis korterevarende betalingsordning. Henstandsperioden og tilladelse til afdragsvis betaling kan dog højest vare seks måneder fra betalingsfristens udløb.[19] Politiet varetog som nævnt det fulde opkrævnings- og inddrivelsesarbejde af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager frem til den 1. november 2005. I medfør af opkrævnings- og inddrivelsesloven § 5, stk. 2 oversender politiet nu inddrivelsessagen til RIM i de tilfælde, hvor 1) skyldneren ikke betaler det fulde beløb inden betalingsfristen, 2) der er tilladt henstand med betaling eller 3) der er tale om en misligholdt afdragsordning.[20] RIM varetager herefter gældsinddrivelsen og kan bl.a. anvende forskellige tvangsinddrivelsesmidler som lønindeholdelse, modregning, udpantning m.v. RIM kan ligeledes ud fra en nærmere vurdering tillade henstand eller afdragsvis betaling.[21]

Forgældede løsladte, der erfarede politiets overdragelse af inddrivelsesarbejdet i slutningen af 2005, fortæller, at de oplevede en mærkbar forskel i intensiteten af gældsinddrivelsen, efter RIM overtog denne opgave. Asker eksemplificerer en gennemgående oplevelse af de udvidede inddrivelsesmetoder og den øgede intensitet i inddrivelsesarbejdet:

»(...) jeg kan huske dengang [før 1. november 2005], der ringede man bare op til politiet, og sagde: ›Jeg har ikke en krone. I kan få en 50'er?‹ ›Ej, så bare vent til du får penge.‹ De var ikke sådan rigtig strikse (...), men efter

[15] Inddrivelsesloven § 19, stk. 1 (lov 1333/2008).

[16] Jf. rpl. § 997, stk. 1 (lbk. nr. 1008/2012) og bødebekendtgørelsens § 3, stk. 1 (bek. nr. 1022/2005).

[17] Jf. bødevejledning 2. pkt. (vej. nr. 49/2006).

[18] Jf. bødebekendtgørelsens § 3, stk. 3, nr. 1 (bek. nr. 1022/2005).

[19] Jf. bødebekendtgørelsens § 4, stk. 1 (bek. nr. 1022/2005), jf. undtagelsesreglerne i stk. 2.

[20] Jf. bødebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1-2 og stk. 2 (bek. nr. 1022/2005).

[21] Jf. bødevejledning 5. pkt. (vej. nr. 49/2006).

SKAT er kommet til, så trækker de ens penge, man får tilbage i skat, og man skal lave afdragsordninger.«[22]

Som Asker har erfaret, kan RIM benytte forskellige metoder i inddrivelsesarbejdet, som ikke forelå eller i mindre grad blev taget i brug, da politiet varetog opgaven.

Før RIMs overtagelse af kreditorbeføjelserne til inddrivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger betragtede flere løsladte denne gældstype som en symbolsk gæld, fordi de erfarede, at politiet kun i begrænset grad forsøgte at inddrive gælden. Efter denne gældstype nu er overgået til inddrivelse hos RIM, oplever de løsladte ikke længere gælden som symbolsk, men derimod som en særlig gæld, der intensivt bliver forsøgt inddrevet. Om denne særlige gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager fremgår følgende af bemærkningerne til lovforslaget om samling af inddrivelse i Skatteministeriet:

»For så vidt angår muligheden for at fastsætte en afdragsordning for skyldneren eller bevilge henstand med betalingen, træder hensynet til retshåndhævelsen tydeligt frem, og det bør derfor i videst mulig omfang sikres, at det fulde beløb inddrives effektivt«.[23]

En effektiv og forstærket inddrivelsesindsats bliver i SKATs Inddrivelsesstrategi eksemplificeret som registrering i RKI samt intens opfølgning og »støvsugning« efter samtlige af skyldners aktiver.[24]

På baggrund af en betalingsevnevurdering af skyldner fastsætter RIM den maksimale indeholdelsesprocent til dækning af det offentliges tilgodehavende.[25] Det månedlige afdrag til betaling af gælden udregner RIM ud fra skyldnerens og dennes ægtefælles månedlige nettoindkomst, med fradrag af nettoudgifter til husstandens mindreårige hjemmeboende børn, udgifter til samvær med mindreårige børn, bidragsforpligtelser, udgifter til særlige og ganske særlige behov, ydelser på anden gæld og ægtefællens gæld samt et rådighedsbeløb.[26] Inddrivelsesprocessen varierer ikke i forhold til skyldners indkomstgrundlag, men som hovedregel medfører et højere indkomstniveau ligeledes et større afdrag på gælden. Kontanthjælp overstiger som udgangspunkt ikke RIMs fastsatte nettoindkomstinterval, hvilket ifølge inddrivelses-

[22] Interviewnote.

[23] Jf. bemærkninger til LF 113/2004 pkt. 2.4.1. Se også Den juridiske vejledning 2012-2.

[24] SKATs Inddrivelsesstrategi 2006, s. 3.

[25] Jf. bekendtgørelse om inddrivelse af gæld til det offentlige § 13 (bek. nr. 922/2011).

[26] Jf. bekendtgørelse om inddrivelse af gæld til det offentlige § 13, stk. 2 (bek. nr. 922/2011).

lovens § 6, stk. 1 medfører, at skyldner får bevilget henstand med betaling.[27] Skyldners rådighedsbeløb er således tilnærmelsesvist identisk, hvad enten vedkommende er arbejdsledig eller deltids-/fuldtidsbeskæftiget. Det af RIM fastsatte rådighedsbeløb til skyldners disposition svarer generelt til en kontanthjælpsmodtagers rådighedsbeløb. Den økonomiske difference på arbejdsindsats og bruttoindkomst ses ikke på nettoindkomsten, men på afskrivningen af den offentlige gæld, hvor den beskæftigede skyldner bliver gældfri før den offentligt forsørgede. Det heraf manglende eller beskedne økonomiske incitament for at varetage et officielt arbejde bevirker, at flere forgældede løsladte vælger at ernære sig ved kontanthjælp suppleret af en uofficiel indkomst.[28] Der bliver i adskillige studier (indirekte) advaret mod en sådan manglende tilknytning til arbejdsmarkedet, da beskæftigelse anses som et kriminalpræventivt forhold.[29] For flere løsladte er oplevelsen af deres gældsættelse og de medfølgende virkninger således forandret, efter RIM har overtaget politiets kreditorbeføjelser af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager.

[27] Jf. bekendtgørelse om inddrivelse af gæld til det offentlige § 5, stk. 1 (bek. nr. 922/2011).

[28] Op. cit. **Olesen (2013)** s. 306-7. Tranæs et al. har i studiet *Forbryderen og samfundet* belyst, at førstegangsløsladtes afhængighed af offentlig forsørgelse stiger markant og fastholdes på et højt niveau efter straffuldbyrdelsen i studiets 5-årige observationsperiode. Foretages en sammenligning af de førstegangsløsladtes afhængighed af offentlige ydelser med den øvrige befolkning, viser studiet, at de førstegangsløsladtes afhængighed samlet set er steget fra at være en halv gang så høj inden frihedsberøvelsen til at være over dobbelt så høj efter frihedsberøvelsen, jf. Tranæs, T. et al. (2008) *Forbryderen og samfundet*. København: Gyldendal, s. 124-5.

[29] Skardhamar, T. (2010) *Does Employment Reduce the Risk of Reincarceration? Findings from a Total Population Sample of Norwegian Ex-prisoners*. American Society of Criminology conference 27, Sampson, R. J. & Laub, J. H. (1995) *Crime in the Making*. Harvard University Press, Uggen, C. (2000) »Work as a Turning Point in the Life Course of Criminals: A Duration Model of Age, Employment, and Recidivism« i *American Sociological Review*. Vol. 65(4):529-46, Bowles, R. A. & Florackis, C. (2007) »Duration of the Time to Reconviction: Evidence from UK Prisoner Discharge Data« i *Journal of Criminal Justice*. Vol. 35(4): 365-78, Visher, C. A. & Travis, J. (2003) »Transitions from Prison to Community: Understanding Individual Pathways« i *Annual Review of Sociology*. Vol. 29:89-113, Visher, C. A., Winterfield, L. & Coggeshapp, M. B. (2005) »Ex-Offender Employment Programs and Recidivism: A Meta-Analysis« i *Journal of Experimental Criminology*. Vol. 1(3): 295-316, Kyvsgaard, B. (1998) *Den kriminelle karriere*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 118, 126, op. cit. **Olesen (2013)**. Det er desuden belyst, at sandsynligheden for recidiv reduceres ved øget lønniveau, jf. Grogger, J. (1998) »Market Wages and Youth Crime« i *Journal of Labor Economics*. Vol. 16(4): 756-91, Bernstein, J. & Houston, E. (2000) *Crime and Work*. Washington D.C.: Economic Policy Institute.

1.3. Eftergivelse af gæld, der betegnes som særlig

Ikrafttrædelsen af den nye inddrivelseslov pr. 1. januar 2009 medførte som bekendt hjemmel til eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger.[30] Gæld vedrørende sagsomkostninger var ikke tidligere omfattet af eftergivelsesreglerne, hvilket i 2007 fik talsmandsgruppen i Vridsløselille Statsfængsel til at rette henvendelse til den daværende justitsminister. Talsmandsgruppen anførte ud fra følgende begrundelse, at sagsomkostninger fra straffesager bør eftergives:

»Og med hensyn til sagsomkostningerne, så ville systemet spare mange penge på sigt, hvis man eftergav disse beløb for på den måde var der en mening for os indsatte med at tage et arbejde, og derved betale vores skat i stedet for at være bistandsklienter resten af vores dage.«[31]

Den daværende justitsminister påpegede i forhold til talsmandsgruppens argumentation, at *»Jeg finder ikke umiddelbart grundlag for at foreslå ændring af reglerne, så det bliver muligt at eftergive (benåde for) sagsomkostninger.«*[32]

Trods denne politiske modvilje fandt en ændring af reglerne for eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger sted et par år senere i forbindelse med harmoniseringen af inddrivelsesreglerne. Loven, som udgjorde et led i regeringens samlede målsætning om en mere effektiv gældsinddrivelse, kom til at omfatte al gæld til det offentlige, som RIM kan foretage inddrivelse af.[33] Eftergivelsesreglerne kom ligeledes til at indbefatte fordringer, der ikke tidligere kunne eftergives – heriblandt gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager.[34]

Betingelserne for eftergivelse af offentlig gæld efter inddrivelsesloven er tilnærmelsesvist de samme, som gør sig gældende ved tilkendelse af gældssanering efter konkursloven.[35] Gælden kan enten eftergives helt eller delvist, og eftergivelse skal medføre varig forbedring af skyldnerens økonomi-

[30] Inddrivelsesloven § 13, stk. 1 (lov 1333/2008).

[31] Spørgsmål nr. 428, bilag 651 af 29. august 2007 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren.

[32] Besvarelse af spørgsmål nr. 428 af 3. september 2007 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren.

[33] Inddrivelsesloven § 13, stk. 1 (lov 1333/2008).

[34] Betænkning til BTL 20/2008, skatteministerens svar på spørgsmål nr. 29 af 26. november 2008.

[35] I 2005 blev opkrævningslovens § 15 afstemt med reglerne for gældssanering. Eftergivelsesreglerne blev efterfølgende med visse ændringer overført fra opkrævningslovens § 15, jf. bemærkninger til LF 20/2008 pkt. 3.6.1.1.

ske forhold.[36] Skyldneren skal desuden hverken på ansøgningstidspunktet eller i de kommende år have udsigt til en betalingsevne, hvorudfra gældsforpligtelserne kan opfyldes.[37]

En forskel på eftergivelses- og gældssaneringsreglerne, der kunne gøre sig gældende for løsladte, er dog, at det er et krav for opnåelse af gældssanering efter konkursloven, at ansøger har afklarede økonomiske forhold.[38] Da mange løsladte ernærer sig ved kontanthjælp, som ikke vurderes som afklarede økonomiske forhold, har de generelt ringe chancer for at opnå gældssanering.[39] Eftergivelse efter inddrivelsesloven kræver som udgangspunkt ligeledes, at skyldner har afklarede økonomiske forhold, men eftergivelse er ikke udelukket for denne gruppe, hvis sociale eller andre forhold i særlig grad taler herfor.[40] Udover uafklarede økonomiske forhold, kan anden betydelig gæld også medføre afslag på eftergivelse.[41] For flere løsladte er denne betingelse ligeledes svær at efterleve.[42]

Med de løsladtes specifikke gældssituation for øje er det væsentligt at bemærke, at der i almindelighed vil blive givet afslag på både eftergivelse (inddrivelsesloven) og gældssanering (konkursloven), hvis skyldneren har pådraget sig en ikke uvæsentlig gæld ved strafbare eller erstatningspådragende forhold.[43] Muligheden er dog ikke fuldstændig udelukket.[44] Vurderingen bygger bl.a. på gældens størrelse, hidtidig afvikling, skyldnerens og dennes husstands personlige forhold samt hensyn til retsfølelsen – herunder det strafbare forholds grovhed, hensyn til skyldneren, eftergivelse af denne gældstypes stødende effekt samt tiden, der er forløbet, siden det strafbare

[36] Jf. inddrivelseslovens § 13, stk. 1. Det skal desuden sikres, at skyldner ved delvis eftergivelse får en reel mulighed for at afvikle den resterende del af gælden, jf. inddrivelseslovens § 13, stk. 1 (lbk. nr. 1333/2008).

[37] Inddrivelseslovens § 13, stk. 1 (lov 1333/2008). Se tilsvarende i konkurslovens § 197, stk. 1 (lbk. nr. 217/2011).

[38] Hindborg, L. (2006) *Gældssanering i praksis*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 17, 23-5, jf. konkurslovens § 197, stk. 2, nr. 1 (lbk. nr. 217/2011).

[39] **Jf. op. cit. Olesen (2013)**, op. cit. Tranæs (2008) , op. cit. Kyvsgaard (1998), Kyvsgaard, B. (1989) *...og fængslet tager de sidste: om kriminalitet, straf og levevilkår*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

[40] Betænkning til BTL 20/2008, skatteministerens svar på spørgsmål nr. 26 af 26. november 2008, Larsen, O. (2009) *Gæld*. København: Nyt Juridisk Forlag, s. 131.

[41] Inddrivelseslovens § 13, stk. 3 (lov 1333/2008).

[42] Jf. op. cit. Olesen (2013) s. 233-8, 242-3, Skardhamar, T. (2002) *Levekår og livssituasjon blant innsatte i norske fengsler*. Oslo: Institutt for kriminologi og rettssosiologi, s. 50-4, Nilsson, A. (2002) *Fånge i marginalen: uppväxtvillkor, levnedsförhållanden och återfall i brott bland fångar*. Stockholm: Stockholms Universitet, s. 82-5.

[43] Konkurslovens § 197, stk. 2, nr. 3 (lbk. nr. 217/2011), inddrivelseslovens § 13, stk. 2, nr. 3 (lov 1333/2008).

[44] Se eksempler på muligheder for eftergivelse i betænkning til BTL 20/2008, skatteministerens svar på spørgsmål nr. 29 af 26. november 2008.

forhold fandt sted.[45] Om sidstnævnte forhold bemærkes det, at *»Eftergives gæld, der er pådraget ved strafbare eller erstatningspådragende forhold i umiddelbar forlængelse af den begivenhed, der udløste kravet, vil det kunne virke særligt stødende. Sådanne krav skal derfor være noget ældre end anden gæld, før de kan eftergives.«*[46]

Tidsperspektivet bygger på en konkret vurdering af omstændighederne ved pådragelsen af kravet. Eftergivelse af et erstatningskrav, der eksempelvis er pådraget ved et simpelt, uagtsomt forhold, vil ikke være udelukket i lige så lang tid, som ved et erstatningskrav pådraget ved et groft, forsætligt forhold.[47]

Trods de begrænsede muligheder for eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger præciserede den daværende skatteminister i betænkningen over forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige, at det: *»efter en konkret vurdering [er muligt] at eftergive gæld pådraget ved strafbare eller erstatningspådragende forhold, uanset om den fylder en væsentlig del af den samlede gæld.«*[48] Vurderingen er baseret på et konkret skøn af sagens forhold.[49] Særlige forhold som begrundelse for eftergivelse er eksemplificeret i førnævnte betænkning. Blandt disse særlige forhold nævnes *»(...) situationer, hvor det vurderes, at gælden til det offentlige er en betydelig barriere for at opnå varig tilknytning til arbejdsmarkedet.«* I RIMs konkrete vurdering af skyldners særlige forhold skal gældens potentielt negative indvirkning på skyldners integration på arbejdsmarkedet således medtænkes.

1.4. Reel eftergivelsesmulighed?

RIM varetager restanceinddrivelse for det offentlige, hvilket omfatter gæld vedrørende manglende betaling af skatter og afgifter samt gæld til mere end 500 forskellige statsinstitutioner. Inddrivelsescenteret er opdelt i fem afdelinger, som forvalter generelle inddrivelsesopgaver og lidt tungere opgaver som bl.a. eftergivelse og gældssanering af al offentlig gæld. Inddrivelsescenteret beskæftiger ca. 1.400 medarbejdere, hvoraf 5 ansatte udelukkende

[45] Op. cit. Larsen (2009) s. 19-27, 32, op. cit. Hindborg (2006) s. 147-8, 179-9, 184-5.

[46] Besvarelse af spørgsmål nr. 4 af 10. oktober 2008 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren, forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige (L 20).

[47] Besvarelse af spørgsmål nr. 15 af 31. oktober 2008 fra Folketingets Retsudvalg til skatteministeren, forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige (L 20).

[48] Betænkning til BTL 20/2008, skatteministerens svar på spørgsmål nr. 29 af 26. november 2008.

[49] Afgørelser efter inddrivelseslovens § 13, stk. 6, er en videreførelse af den restriktive regel i opkrævningslovens § 15, stk. 6, men skal anvendes i større grad end før, dog uden at underminere diverse forbehold, jf. i betænkning til BTL 20/2008, skatteministerens svar på spørgsmål nr. 29 af 26. november 2008.

behandler private gældssaneringssager, og 26 ansatte udelukkende behandler private eftergivelsessager. Disse 32 ansatte (inklusiv en afdelingsleder) udgør Erhvervsrestance enhed 13 i Inddrivelsescenteret, som behandler privatpersoners ansøgninger om eftergivelse og gældssanering af al offentlig gæld. Af de 32 medarbejdere er 7 akademikere (heraf 5 jurister), og 25 er inddrivelsesmedarbejdere uddannet under SKAT. I forhold til den samlede medarbejderskare i Inddrivelsescenteret, er der altså tale om en yderst beskeden arbejdsstyrke, der varetager eftergivelse og gældssanering. Der er ikke nogen medarbejdere, der alene beskæftiger sig med eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager.

Personligt fremmøde i Inddrivelsescenteret er ikke muligt, og det kan være ganske udfordrende at få telefonisk kontakt til en specifik sagsbehandler, hvorfor brev eller e-mail korrespondance anbefales af medarbejderne. Ansøgere skal udfylde et ansøgningsskema om eftergivelse af skyldige beløb til det offentlige. Sociale eller andre forhold, der i særlig grad taler for eftergivelse, skal af ansøger beskrives i underrubrik 5 som »begrundelse«. Argumenter, der taler for eftergivelse, skal således udtrykkes skriftligt, og som udgangspunkt skal ansøgeren kunne læse sig frem til, hvad pågældende skal vedlægge som korrekt dokumentation. Den skriftlige korrespondance udfordrer nogle borgere heriblandt de løsladte, der har begrænsede læse- og skrivefærdigheder.[50]

Erhvervsrestance enhed 13 er fordelt på tre lokaliteter i Grenå, Næstved og Roskilde. Medarbejderne i denne enhed sidder i de samme bygninger som inddrivelsesmedarbejderne, men ikke i de samme lokaler. Man kan vælge at anse behandling af ansøgning om eftergivelse som en skærende kontrast til inddrivelsesarbejdet, hvor eftergivelse og effektiv inddrivelse er hinandens modsætninger. Medarbejderne fra de to afdelinger vil ud fra en sådan forståelse modarbejde hinandens målsætninger. Man kan også vælge at anse behandling af ansøgning om eftergivelse som et led i inddrivelsesarbejdet, hvor gældsafvikling/betalingsvilje indgår i vurderingen af eftergivelse. I ansøgningsskemaets føromtalte underrubrik 5 står det skrevet, at »tilbud om delvis betaling« indgår som begrundelse for eftergivelse. Endvidere er det af den tidligere skatteminister anført, at det taler for eftergivelse, hvis *»(...) skyldneren ikke inden for de nærmeste år er i stand til at kunne opfylde sine gældsforpligtelser, men ved tilvejebringelse af midler fra 3. mand bliver i stand til at betale en betydelig del af gælden, hvorved han kan opnå en varig forbedring af sine økonomiske forhold.«*[51]

[50] Se op. cit. Olesen (2013) s. 93-5, 125, Koudahl, P. (2010) *Uddannelse i fængslerne. Hvad siger de indsatte?* Danmarks Pædagogiske Universitetsskole, Århus Universitet og Direktoratet for Kriminalforsorgen, s. 27-8.

[51] Betænkning til BTL 20/2008, skatteministerens svar på spørgsmål nr. 29 af 26. november 2008.

Hvad enten man betragter eftergivelse som en måde, hvorpå dele af gælden kan blive inddrevet eller et modstykke til inddrivelsesarbejdet, så er de menneskelige ressourcer (26/1.400 personer), der er budgetteret til eftergivelsesarbejdet af al offentlig gæld, begrænset i forhold til inddrivelsesindsatsen. Ifølge en opgørelse fra SKAT foretaget d. 18. januar 2013 har SKAT ultimo december 2012 restancer fra sagsomkostninger i straffesager på 2.028 mio. kr. til inddrivelse. Gælden er fordelt på ca. 60.000 skyldnere og 113.349 fordringer. Den gennemsnitlige fordring beløber sig til 17.892 kr. Gælden er i perioden 2010-2012 vokset fra 1.918 mio. kr. til 2.028 mio. kr., og inddrivelsen udgjorde i runde tal 23 mio. kr. i 2010 og 24 mio. kr. i 2012. Ifølge SKAT skyldes stigningen (af den ellers beskedne inddrivelse) en målrettet indsats på inddrivelsesområdet.[52] Den beskedne inddrivelsesprocent vidner imidlertid om, at det er de færreste af skyldnerne, der evner (eller ønsker) at afvikle denne gæld. Gælden kan som bekendt ikke inddrives, såfremt RIM via en betalingsevneberegning fastslår, at skyldnerne kun har, hvad der svarer til eller mindre end RIMs fastsatte rådighedsbeløb.[53] Skyldnerne får i sådanne tilfælde henstand med betaling.

Der findes ikke statistik over, hvor mange skyldnere, der efter den 1. januar 2009 har ansøgt om eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger, og ej heller hvor mange ansøgere, der har klaget over afslag på ansøgning om eftergivelse. RIM kan dog oplyse, at der siden 1. januar 2009 til 1. maj 2013 er 172 personer, der har fået hel eller delvis eftergivelse af deres gæld vedrørende sagsomkostninger fra straffesager på i alt 8,1 mio. kr. Forskellen mellem den samlede skyldnergruppe af sagsomkostninger på omkring 60.000 personer, og de 172 personer, der har opnået eftergivelse de seneste knap 4,5 år, taler dog sit tydelige sprog. Der fremstår ligeledes et tydeligt billede af den yderst begrænsede brug af eftergivelsesmuligheden, når det samlede skyldnerbeløb på 2.028 mio. kr. sammenholdes med de beskedne 8,1 mio. kr., der er blevet eftergivet i føromtalte tidsperiode.[54]

1.5. De løsladtes oplevelser af eftergivelsesreglerne[55]

Interviewene med de 41 flergangsdømte, der indgik i studiet »Løsladt og gældsat«, var præget af tilbageholdenhed og uvidenhed, når emnet faldt på eftergivelse af offentlig gæld. Ud fra interviewene blev det tydeliggjort, at uvidenheden hovedsagligt skyldtes manglende oplysning og vejledning om muligheden for at ansøge om eftergivelse. De skyldnere, der var informeret

[52] Jf. skatteministeriet.

[53] Jf. bekendtgørelse om inddrivelse af gæld til det offentlige § 5, stk. 3 (bek. nr. 922/2011).

[54] Ifølge RIM er der siden 1. januar 2009 til 1. maj 2013 268 personer, der har fået gældssaneret sagsomkostninger fra straffesager på i alt 5.479.559 kr.

[55] Dele af dette afsnit er baseret på afsnittet »Drømmen om gældssanering og uvisheden om eftergivelse« i op. cit. Olesen (2013) s. 255-9.

om denne mulighed, havde dog ofte en tilbageholdende attitude, der for det meste skyldtes, at de gentagne gange havde fået at vide, at de ikke opfyldte kriterierne for eftergivelse, fordi 1) den væsentligste del af deres gæld var pådraget ved strafbare forhold, 2) de havde anden gæld, og/eller 3) de havde uafklarede økonomiske forhold. De løsladte anså derfor ofte eftergivelsesreglerne som ikke-samstemmende med deres livsbetingelser og deres mulighed for at opnå eftergivelse som urealistisk.[56] Det må formodes, at uvidenheden om og tilbageholdenheden med at ansøge om eftergivelse kan virke som en af flere forklaringer på det lave antal personer, der har fået eftergivet gæld vedrørende sagsomkostninger.

Trods en gennemgående uvidenhed blandt løsladte om muligheden for at ansøge om eftergivelse er der flere, der har årelang erfaring med RIMs behandling af deres ansøgning(er). Johannes har eksempelvis tidligere ansøgt om eftergivelse af sine sagsomkostninger, men fået afslag ud fra den begrundelse, at der ikke var gået lang nok tid, siden dommen blev afsagt. Johannes appellerer højlydt, da han viser mig afgørelsen under vores samtale. Han har også klaget over denne afgørelse, da det af loven fremgår, at den konkrete vurdering skal tage afsæt i tiden, fra det strafbare forhold fandt sted og ikke datoen for domsafsigelsen.[57] De sagsomkostninger, som Johannes ønsker eftergivet, stammer fra en seks år gammel domsafsigelse på et lovbrud begået 13 år forud for indgivelsen af eftergivelsesanmodningen. Johannes beretter endvidere om, at han gentagne gange har henvendt sig til RIM for at få et konkret svar på, hvor lang tid der skal gå, før han kan gøre sig nogen forhåbninger om at leve op til den tidsmæssige praksis for eftergivelse. Johannes fortæller, at *»(...) ingen kunne fortælle, hvor lang tid der skal gå? Når man spørger, hvem der tager beslutningen, så får man at vide, at: ›Det gør vi alle sammen.‹ Men ingen kender praksis, og der er ingen konkrete regler, hvad gør man så? Så giver man afslag. Det føles lidt ligesom at slå i en dyne, man kommer absolut ingen vegne i det system.«*[58]

Følelsen af magtesløshed og de manglende svar efter afslag på eftergivelse kan Steve nikke genkendende til. Steve har ligesom Johannes erfaret, hvordan medarbejderne fra Erhvervsrestance enhed 13 har behandlet hans ansøgning om eftergivelse. Steve beskriver sine retssikkerhedsmæssige bekymringer og oplevelse af sagsbehandlingen:

»Jeg er bange for, at fordi der ikke er nogen, der ved, hvordan de skal forstå reglerne, så siger de bare nej, så har de ikke rigtig gjort noget galt, det er jo bare os kriminelle, det går ud over, når de siger nej, så er det lige me-

[56] Ibid., s. 250, 255-8.
[57] Op. cit. Larsen (2009) s. 19-27, 32, op. cit. Hindborg (2006) s. 147-8, 179-9, 184-5.
[58] Feltnote.

get. Der er ingen retsfølelse, der gælder for sådan nogen som os. Det er jeg lidt bange for, altså at det er sådan, de tænker, altså dem, dem, der skal sidde og forstå reglerne.«[59]

De fleste løsladte, der ansøger om eftergivelse, ved, at flere forhold såsom det strafbare forholds grovhed, gældstypens stødende effekt og tiden, der er forløbet, siden det strafbare forhold fandt sted, taler imod eftergivelse, men de oplever, at det er særdeles svært at få af vide, hvorledes et strafbart forholds grovhed defineres og rangeres, hvor længe det strafbare forhold har en stødende effekt, og hvordan tidshorisonten ser ud for at kunne gøre sig realistiske forhåbninger om eftergivelse.

Ansøgning om eftergivelse behandles som udgangspunkt af én medarbejder i Erhvervsrestance enhed 13. Flere løsladte bemærker om behandlingen af deres eftergivelsesansøgning, at de oplever sagsbehandlerens konkrete vurdering som uforudselig. Dertil påpeger nogle, at de forhold, der lægges til grund for afgørelsen, virker tilfældige. Benjamin konkretiserer oplevelsen af, at det er op til den enkelte medarbejder, der behandler sagen, at vurdere hvilke forhold, der taler for og imod eftergivelse, og ikke vejledninger på området. Benjamin gengiver en telefonsamtale, han har haft med en medarbejder fra Erhvervsrestance enhed 13, som ikke har behandlet hans sag:

»Hun [sagsbehandleren] sagde også, at hvis sagen var blevet behandlet af hende, og vi havde tilbudt 125.000 kr., som vi jo har, så ville hun have slået til med det samme og lukket sagen. (...) Hun [sagsbehandleren] sagde venligt: ›Slap af og søg igen om 3 år, læn jer tilbage.‹ (...) Så igen er man afhængig af hvilken sagsbehandler, der tilfældigt får ens sag, fordi der mangler retningslinjer for den enkelte medarbejder.«[60]

Ud fra de løsladtes oplevelser af behandling om eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager er det hverken for sagsbehandler eller ansøger indlysende, hvilke forhold der ud fra et konkret skøn kan vurderes som talende for eller imod eftergivelse.

Ud fra konkrete sager kan man se, at medarbejderne i ansøgningssager om eftergivelse af gæld forårsaget af strafbare forhold indhenter udtalelser om retsfølelsen fra Direktoratet for Kriminalforsorgen samt den politikreds, der har været involveret i efterforskningen af straffesagen.[61] En udtalelse fra disse myndigheder bygger på et skøn af, hvorvidt eftergivelse vil stride mod

[59] Interviewnote.

[60] Interviewnote. En tilsvarende tilfældig vurdering berettede nogle løsladte om, når de skulle indgå en afdragsordning med RIM, idet betalingsevnevurderinger ikke blev udarbejdet på samme grundlag af RIMs medarbejdere, jf. op. cit. Olesen (2013) s. 253-4.

[61] De konkrete sager, som forfatteren har fået indsigt i, stammer fra de interviewede.

hensynet til retsfølelsen. Erik er en af de løsladte, der har erfaring med systemet, og han bemærker hertil, at *»Det er eftergivelsesmekanismen, der er problematikken.«*[62] Erik har afsonet flere lange fængselsdomme, og skylder bl.a. 450.000 kr. i sagsomkostninger. Erik har i flere år, både før og efter ikrafttrædelsen af den nye inddrivelseslov, forsøgt at få eftergivet sin gæld til det offentlige uden held. Erik belyser nogle af de problemstillinger, han oplever ved sin ansøgning og efterfølgende klage:

»Jeg har selvfølgelig nogle problemer med sagsomkostningerne, men det, der så sker, det er at i første instans, så siger SKAT til vores første ansøgning, at klageinstansen den så ville være Landsskatteretten (...) så kommer Direktoratet ind over. (...) og siger, at Landsskatteretten ikke er ankeinstans, det er Direktoratet for Kriminalforsorgen. (...) meget forbavsende. (...) jeg får afgørelsen derinde fra, der går mig imod. Så viser det sig, at de har behandlet den her sag som et bødeforlæg[63] *(...) så klager jeg over, at man har fejlbehandlet sagen fordi (...) hvis du bryder straffelovens § 191, stk. 1 eller 2, så står der, at du skal i fængsel, der står jo ikke, at du skal i fængsel og så have en bøde på toppen. Så derfor siger jeg, at den her er fejlbehandlet, for der er slet ikke tale om et bødeforlæg. (...) Så den kørte vi videre igen (...) det, man så gør, det er, at SKAT retter henvendelse til politiet (...) Så går man hen, og spørger politiet ad, om de mener, det vil være krænkende for retsfølelsen, hvis man eftergav det her beløb, og det siger politiet selvfølgelig ja til. Og så bruger man det som undskyldning, og så ligger man, og kører det rundt i manegen. Hvor hver myndighed stort set giver hinanden grundlag for afslag.«*[64]

Erik oplever ikke en stringent behandling af eftergivelsesansøgningen, og i forbindelse med sin klage anser han myndighederne for at være uvidende og ansvarsforflygtigende.

De løsladte, der har erfaring med at ansøge om eftergivelse, oplever generelt, at medarbejderne, der behandler eftergivelsessagerne, ikke har tilstrækkelig viden om, hvornår betingelserne for eftergivelse er opfyldt. Derimod oplever de løsladte, at afgørelserne bliver truffet ud fra sagsbehandlerens subjektive vurdering, der fokuserer på, at de har begået et strafbart forhold, men ikke medregner, hvordan straffen har problematiseret deres tilværelse. Behandlingen af ansøgninger om eftergivelse og klager over afslag på eftergivelse oplever de løsladte ligeledes som tilfældig. Høring af forskellige myndigheder om, hvorvidt eftergivelse i det konkrete tilfælde vil stride mod

[62] Interviewnote.

[63] Sagsomkostninger skal ikke forveksles med en bøde. Bøde anses som en formel straf, hvilket ikke er tilfældet med sagsomkostninger.

[64] Op. cit. **Olesen (2013)** s.257-8.

retsfølelsen, oplever nogle løsladte som en sammensværgelse mellem de myndigheder, der allerede har medvirket til at få dem dømt og derefter varetaget straffuldbyrdelsen.[65]

Spørgsmålet er, om der findes en reel eftergivelsesmulighed for de ca. 60.000 skyldnere af den 2.028 mio. kr. store gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager i Danmark? De løsladte skyldnere har generelt ingen eller dårlig erfaring med ansøgning om eftergivelse og betragter ikke eftergivelse som en reel mulighed for at blive gældfri. Sandsynligheden for tilkendelse af eftergivelse må da også betragtes som begrænset, selvom der mangler statistik over antallet, der ansøger om eftergivelse af gæld vedrørende sagsomkostninger i straffesager. Siden hjemmel til eftergivelse af sagsomkostninger blev indført den 1. januar 2009 og frem til den 1. maj 2013, har blot 172 personer, fået eftergivet 0,4 pct. af det samlede restancebeløb vedrørende sagsomkostninger i straffesager.

[65] Ibid., s. 257-9.

Referencer:

Bernstein, J. & Houston, E. (2000) *Crime and Work: What We Can Learn from the Low-wage Labor Market.* Washington D.C.: Economic Policy Institute.

Bowles, R. A. & Florackis, C. (2007) »Duration of the Time to Reconviction: Evidence from UK Prisoner Discharge Data« i *Journal of Criminal Justice.* Vol. 35(4): 365-78.

Gomard, B. (2013) *Kommenteret retsplejelov.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Grogger, J. (1998) »Market Wages and Youth Crime« i *Journal of Labor Economics.* Vol. 16(4): 756-91.

Hindborg, L. (2006) *Gældssanering i praksis.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Jørgensen, M. (2004) »Sagens omkostninger« i *Lov & Ret.* Vol. 14(2):3-9.

Koudahl, P. (2010) *Uddannelse i fængslerne. Hvad siger de indsatte?* Danmarks Pædagogiske Universitetsskole, Århus Universitet og Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Kyvsgaard, B. (1998) *Den kriminelle karriere.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Kyvsgaard, B. (1989) *...og fængslet tager de sidste: om kriminalitet, straf og levevilkår.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Larsen, O. (2009) *Gæld.* København: Nyt Juridisk Forlag.

Nautrup, J. (1984) »Sagsomkostninger i retssager« i *Juristen.* Vol. 66(3):73-88.

Nilsson, A. (2002) *Fånge i marginalen: uppväxtvillkor, levnedsförhållanden och återfall i brott bland fångar.* Stockholm: Stokholms Universitet.

Olesen, A. (2013) *Løsladt og gældsat.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Rørdam, B. (2010) »Håbløs gæld holder tidligere indsatte fanget« i *Socialrådgiveren.* Vol. 9:23.

Sampson, R. J. & Laub, J. H. (1995) *Crime in the Making.* Harvard University Press.

Skardhamar, T. (2002) *Levekår og livssituasjon blant innsatte i norske fengsler.* Oslo: Institutt for kriminologi og rettssosiologi.

Skardhamar, T. (2010) *Does Employment Reduce the Risk of Reincarceration? Findings from a Total Population Sample of Norwegian Ex-prisoners.* Paper præsenteret ved American Society of Criminology Conference, november 2010.

Skjødt, B. (2004) »Sagens omkostninger og retssikkerheden« i *Lov & Ret.* Vol. 14(3):16-9.

Sørensen, D. A. & Singh, M. (2010) *Sagsomkostninger i straffesager.* Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet.

Tranæs, T. et al. (2008) *Forbryderen og samfundet.* København: Gyldendal.

Uggen, C. (2000) »Work as a Turning Point in the Life Course of Criminals: A Duration Model of Age, Employment, and Recidivism« i *American Sociological Review*. Vol. 65(4):529-46.
Visher, C. A. & Travis, J. (2003) »Transitions from Prison to Community: Understanding Individual Pathways« i *Annual Review of Sociology*. Vol. 29:89-113.
Visher, C. A., Winterfield, L. & Coggeshapp, M. B. (2005) »Ex-Offender Employment Programs and Recidivism: A Meta-Analysis« i *Journal of Experimental Criminology*. Vol. 1(3): 295-316.

Love og forarbejder m.v.:

Aftale om Kriminalforsorgens økonomi 2012-13.
Bek. nr. 371 af 28. juni 1977 om takstmæssigt fastsatte omkostninger i straffesager.
Bek. nr. 1022 af 17. oktober 2005 om opkrævning af visse bøder, konfiskationsbeløb og sagsomkostninger m.v. samt afgørelse om udståelse af forvandlingsstraf for bøde.
Bek. nr. 922 af 24. august 2011 om inddrivelse af gæld til det offentlige.
Beslutningsforslag nr. B 57, 20. februar 2008 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til folketingsbeslutning om mulighed for eftergivelse af sagsomkostninger i straffesager.
Beslutningsforslag nr. B 56, 11. januar 2011 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende forslag til folketingsbeslutning om mulighed for eftergivelse af sagsomkostninger i straffesager.
Besvarelse af spørgsmål nr. 428 af 3. september 2007 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren.
Besvarelse af spørgsmål nr. 4 af 10. oktober 2008 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren, forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige (L 20).
Besvarelse af spørgsmål nr. 15 af 31. oktober 2008 fra Folketingets Retsudvalg til skatteministeren, forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige (L 20).
Betænkning afgivet af Skatteudvalget den 26. november 2008, betænkning over forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige af skatteministeren (Kristian Jensen) 2008/1 BTL 20.
Den juridiske vejledning 2012-2.
Forslag til lov om ændring af forskellige love og om ophævelse af lov om kommunalt samarbejde om opkrævning og inddrivelse. (Konsekvensændringer som følge af lov om opkrævning og inddrivelse af visse fordringer – samlingen af inddrivelsen i Skatteministeriet), 2004/2 LF 113.
Forslag til lov om inddrivelse af gæld til det offentlige af skatteministeren (Kristian Jensen), 2008/1 LF 20.
Lbk. nr. 1008 af 24. oktober 2012 af lov om rettens pleje.

Lbk. nr. 217 af 15. marts 2011 af konkursloven.
Lov nr. 429 af 6. juni 2005 om opkrævning og inddrivelse af visse fordringer.
Lov nr. 1333 af 19. december 2008 om inddrivelse af gæld til det offentlige.
Notat fra Advokatrådets strafferetsudvalg vedrørende sagsomkostninger i straffesager, bilag nr. 274 af 20. april 2012 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren.
SKATs Inddrivelsesstrategi 2006.
Spørgsmål nr. 428, bilag 651 af 29. august 2007 fra Folketingets Retsudvalg til justitsministeren.
Vej. nr. 49 af 21. juni 2006 om opkrævning af visse bøder, konfiskationsbeløb og sagsomkostninger og om afgørelse om udståelse af forvandlingsstraf for bøde.

Erhvervsdrivende fonde

– familie og ledelse

af

Hans Viggo Godsk Pedersen

Erhvervs- og vækstministeren nedsatte i marts 2012 et udvalg, der fik til opgave at gennemgå reguleringen af erhvervsdrivende fonde, med henblik på en modernisering af den. Dette erhvervsfondsudvalg afgav en rapport i december 2012. Rapporten indeholder, som det også var fastsat i kommissoriet, et forslag bl.a. med udgangspunkt i den nyligt gennemførte selskabsreform og den generelle udvikling i forhold til åbenhed og god virksomhedskultur. Lovforslaget er i skrivende stund endnu ikke fremsat i Folketinget, men det forventes at ske i nær fremtid.

Næste år er det 30 år siden, den første fondslovgivning blev vedtaget. På den baggrund kan det være interessant at se på nogle væsentlige aspekter i den nyligt afgivne rapport og se den udvikling, der har fundet sted. Opmærksomheden vil blive rettet mod nogle overordnede aspekter, idet der dog navnlig ses på dele af udviklingen – særlig nogle familiemæssige aspekter og dele af de ledelsesmæssige aspekter.

1. Træk af udviklingen

Personer med en vis formue har gennem tiderne søgt at bevare denne formue for eftertiden. Ofte har det været af hensyn til egne efterkommere, men det har undertiden også været af hensyn til en bredere kreds i samfundet. Formålet har i hvert fald senere været kombineret, således at familien, når der var en sådan, kom i første række, men således at også en bredere kreds kunne nyde godt af formuen eller indtægten af en virksomhed. I den sidste henseende taler man ofte om almennyttige fonde eller formål. Bevaringen af formuen er ofte sket ved en frigørelse af formuen fra de sædvanlige arveregler, således at formuen har kunnet holdes samlet gennem generationer. Netop ved at formuen ikke skulle deles mellem arvinger, kunne der samles betydelige værdier på få hænder. Tidligere kunne det fx ske ved oprettelse af fideikommiser, stiftelser eller fonde. Ofte var et fideikommis oprettet med et sådant indhold, at den aktuelle bruger var afskåret fra at sælge eller pantsætte formuegodet, og at kreditorerne heller ikke kunne foretage retsforfølgning mod det (et brugsfideikommis).

Politisk blev der en vis modstand mod denne koncentration af formuer. Muligvis har det i datidens landbrugssamfund været set som et uheldigt element, at de store godser optog så stor en andel af den tilgængelige jord; tanker der også lå bag udstykningen af småbrug, der vel navnlig fandt sted i første halvdel af 1900-tallet. Der fandt med denne en betydelig udstykning sted, således at der kunne skabes beskæftigelse og levebrød for en familie på et lille jordbrug.[1]

Modviljen mod ophobningen af kapitaler gav sig udslag i Grundlovsforbuddet mod oprettelse af fideikommiser; et forbud der i den nuværende Grundlov (lov nr. 169 af 5. juni 1953) findes i § 84. Bestemmelsen foreskriver, at »Intet len, stamhus, fideikommisgods eller andet familiefideikommis kan for fremtiden oprettes.« Endvidere blev fideikommisgodserne afløst, således at de overgik til fri ejendom. Grundlovens forbud mod oprettelse af fideikommiser blev præciseret i arvelovens § 68 fra 1964, der bestemte, at »Ved testamente kan ejendele ikke tillægges flere ved testators død ufødte personer efter hinanden.« I den nugældende arvelov (lov nr. 515 af 6. juni 2007 med ikrafttræden 1. januar 2008) er reglen videreført i § 60, stk. 2 med følgende ordlyd »Ved testamente kan arv eller legat ikke tillægges flere ved testators død ufødte personer efter hinanden.« Som det ses, er de to arvelovsbestemmelser indholdsmæssigt identiske, selv om ordlyden er lidt forskellig.

Grundlovsforbuddet og præciseringerne hindrer imidlertid ikke oprettelse af selvejende institutioner; institutioner der har et erhvervsmæssigt eller almennyttigt formål, men hvor der ikke er en personkreds, der ejer formuen – institutionen ejer sig selv. Begreberne *selvejende institutioner* og *fonde* anvendes om det samme fænomen, men i lovsproget er betegnelsen fonde den nu anvendte.[2] Fonden som mulighed for bevaring af en virksomhed førte ikke alene til, at de største virksomheder delvist blev overført til fonde, men også mindre virksomheder blev delvist fondsejede. En arveafgift, der med ikke pristalsregulerede beløbsangivelser og høje afgiftsprocenter i afgiftssystemet førte til ganske betydelige arveafgifter, var befordrende for, at der skulle etableres en fond i forbindelse med et generationsskifte.[3] Dette kunne ske ved overdragelse i stifterens levende live ved en gave i forbindelse med oprettelse af en fond eller ved testamente; undertiden stiftelse med et vist

[1] Nærmere oplysninger kan fx findes i *Stig Iul:* Fideikommissarisk Substitution (1934).

[2] En række institutioner med hel eller delvis tilknytning til det offentlige betegnes ofte som selvejende institutioner eller fonde, idet de dog fortsat er en del af det offentlige system. I forhold til en egentlig fond mangler det karakteristikum, at der er sket en effektiv udskillelse fra stifterens (formue)sfære.

[3] Ved lov nr. 426 af 14. juni 1995 om afgift af dødsboer og gaver afskaffedes arveafgiften, og der indførtes i stedet en boafgift. Det medfører i de fleste tilfælde, at afgiftsbyrden ved et generationsskifte blev mindre.

indskud i levende live og yderligere indskud ved testamente. Den formue, der var indlagt i fonden, skulle ikke generationsskiftes, idet den jo blot fortsatte med at ligge i fonden, uanset hvor mange generationer der forløber. Dermed forbedredes økonomien ved generationsskiftet.[4]

I den sidste del af 1960'erne og vel navnlig i begyndelsen af 1970'erne voksede et ønske om en større indsigt i fonde; de besad betydelige værdier, og mange af dem havde i hvert fald delvist almennyttige formål. Det ansås for problematisk, at der ikke var kontrol med en stor del af disse fonde. Med henblik på at overveje behovet og muligheder for en lovmæssig regulering af fonde samt udarbejdelse af forslag dertil nedsattes et sagkyndigt udvalg den 14. juli 1978. Udvalgets arbejde blev offentliggjort ved betænkning nr. 970 fra 1982. Under hensyn til udvalgets formål kan det ikke undre, at udvalget foreslog, at der skulle gennemføres en lovgivning om fonde; dels en lov om erhvervsdrivende fonde og en for øvrige fonde. Lovgivningen blev gennemført ved lov nr. 300 af 6. juni 1984[5] (lov om fonde og visse foreninger) samt ved lov nr. 286 af 6. juni 1984[6] (lov om erhvervsdrivende fonde). Begge love trådte med visse modifikationer i kraft den 1. januar 1985. Sidstnævnte gruppe skulle have en minimumskapital på 300.000 kr., medens førstnævnte gruppe skulle have en minimumskapital på 200.000 kr. Medens kapitalkravet stadig er 300.000 kr. for erhvervsdrivende fonde, er det forhøjet til 250.000 kr. for de øvrige.

2. Generelt om forslagene i rapporten

Erhvervsfondsudvalgets rapport er et værk på 586 sider inklusiv bilag. De fremsatte forslag er ikke udarbejdet som et sammenhængende lovforslag, men som en række ændringer til den bestående lov om erhvervsdrivende fonde. Som noget nyt foreslås bl.a. en præcisering af, hvad en erhvervsdrivende fond er.

Langt hen ad vejen foreslås i rapporten anvendelse af regler, der helt eller delvist svarer til de selskabsretlige regler, idet man dog enkelte steder går videre, fx med hensyn til personsammenfald med fondsledelse og ledelse i et ejet selskab. Regler om kapital foreslås uddybet, ligesom der foreslås justeringer af regler om regnskab og revision, fusion, spaltning og opløsning.

Samtidig tillægges fondsmyndigheden yderligere beføjelser i forhold til selskabets ledelse, hvilket delvis er begrundet i det forhold, at fonden ikke

[4] Regler om skattemæssig succession, der indebærer en udskydelse af den beskatning, der ellers skulle ske ved overførsel til næste generation, virker også som en forbedring af økonomien ved et generationsskifte.

[5] Loven er nu bekendtgjort ved lovbekendtgørelse nr. 938 af 20. september 2012, hvortil der er gennemført visse ændringer.

[6] Loven er nu bekendtgjort ved lovbekendtgørelse nr. 560 af 19. maj 2010, hvortil der også er gennemført ændringer.

har aktionærer, der kan gøre deres indflydelse gældende i fonden. Der foreslås præciseringer og skærpelser i forhold til stiftere og indskydere samt disses familier.

Registrering af de ikke-erhvervsdrivende fonde ophørte i 1992 på baggrund af et ønske om administrative forenklinger. Disse fonde var ikke omfattet af udvalgets kommissorium. Udvalget afstod dog ikke ganske fra at udtale sig om sådanne, idet et flertal i udvalget »ønsker dog at opfordre til, at det overvejes at indføre øget offentlighed om de ikke-erhvervsdrivende fonde, gerne gennem registrering og offentliggørelse i et samlet offentligt register.«[7]

I det følgende vil enkelte dele af rapporten og det deri indeholdte forslag blive omtalt.

3. Erhvervsfondsbegrebet

I lovens § 1 anføres i stk. 1 »Loven finder anvendelse på fonde, legater, stiftelser og andre selvejende institutioner, der efter stk. 2 anses for at være erhvervsdrivende, jf. dog § 1 a.« Lovens § 1 a indeholder en nærmere definition af fænomenet fond. Det anføres i bestemmelsen, »Ved en erhvervsdrivende fond forstås i denne lov en juridisk person, som besidder en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue til varetagelse af et eller flere i vedtægten bestemte formål, hvor rådighedsbeføjelserne over fonden tilkommer en i forhold til stifter selvstændig ledelse, og hvor der udøves erhvervsaktivitet, jf. § 1, stk. 2 og 3. Ingen fysisk eller juridisk person uden for fonden har ejendomsretten til fondens formue.«

Som det ses, indeholder § 1 a navnlig en definition af en fond, medens det erhvervsdrivende element fremgår af § 1, stk. 2 med de undtagelser, der følger af lovens § 1, stk. 3 og stk. 4.[8] Definitionen af en fond er ikke overraskende, da det for en fond, der er oprettet efter danske regler, er karakteristisk, at fondens formue skal være udskilt på en uigenkaldelig måde fra stifterens formue, at der er en selvstændig bestyrelse, og at ingen andre end fonden selv ejer formuen.

Det følger af forslagets § 1, stk. 2, at en fond er erhvervsdrivende, hvis den 1) overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag, eller 2) udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom eller 3) har en bestemmende indflydelse over en anden virksomhed. Det kan være i kraft af selskabslovens koncernregler i §§ 6 og 7 eller i øvrigt bestemmende indflydelse i en virksomhed.[9]

[7] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 39 f.
[8] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 43 f.
[9] Bestemmelsen er behandlet i Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 27 f og s. 44 f.

Bestemmelsen i § 1, stk. 3 bestemmer, at en fond ikke anses for erhvervsdrivende, hvis den virksomhed, fonden udøver eller har den bestemmende indflydelse på, er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue. I bestemmelsens motiver[10] er der anført nogle formodningsregler for, at en fond efter bestemmelsen ikke anses for erhvervsdrivende. Disse formodningsregler, der stammer fra Erhvervsstyrelsens praksis, er

»a) Er der tale om en fond med direkte erhvervsaktivitet, der har erhvervsmæssige bruttoindtægter, som er under 250.000 kr., anses fonden som udgangspunkt for at have en begrænset erhvervsaktivitet.

b) Er der tale om en fond, der har ikke-erhvervsmæssige indtægter, eksempelvis tilskud, renteindtægter o.l., skal fondens erhvervsmæssige bruttoindtægter mindst udgøre ca. 10 % af fondens samlede årlige indtægter, ellers vil fondens erhvervsdrift blive anset for at have begrænset omfang.

c) Fondens erhvervsmæssige aktiver skal som udgangspunkt udgøre mindst 10 % af fondens samlede aktiver. Er dette ikke tilfældet, vil fonden blive anset for at have begrænset erhvervsdrift.«

I forslagets § 1, stk. 4 er opregnet en række fonde, der undtages fra lovens anvendelsesområde. Der er tale om en lang række fonde af vidt forskellig karakter. I flæng kan nævnes fonde, der er oprettet ved eller i henhold til lov, Danmarks Nationalbank, sparekasser, pensionskasser, realkreditinstitutter, almene boligorganisationer, godkendte uddannelsesinstitutioner og selvejende institutioner, der er undergivet tilsyn af en offentlig myndighed. Endelig er fondsmyndigheden bemyndiget til helt eller delvis at undtage en fond fra loven, hvis fonden er under tilsyn efter anden lovgivning. Dvs. at fx Nykredit ikke er omfattet af fondsloven.

4. Begrænsning i successionsrækken ved direkte begunstigelser

Som nævnt indeholder Grundloven i § 60, stk. 2 et forbud mod oprettelse af lange successionsrækker med følgende ordlyd »Ved testamente kan arv eller legat ikke tillægges flere ved testators død ufødte personer efter hinanden.« Ved fondslovene indskrænkedes denne mulighed lidt, idet det i fondslovene fastsattes, at »Bestemmelser i en vedtægt, der tillægger medlemmer af en bestemt familie eller visse familier fortrinsret til uddeling fra en fond, har ikke retsvirkning efter deres indhold, i det omfang fortrinsretten rækker videre end til personer, der lever på stiftelsestidspunktet, og til een i forhold til

[10] Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 28 ff, særlig s. 30 og s. 40 f.

disse ufødt generation.«[11] Der var betydelig uenighed i det sagkyndige udvalg om denne bestemmelse.[12] Der foreslås i øvrigt ikke ændringer til denne del. Det familiemæssige aspekt er imidlertid ikke udtømt med forbuddet mod fortrinsret til uddelinger fra fonden. I denne forbindelse kan det fremhæves, at der ikke er et forbud mod begunstigelser til familiemedlemmer. Der må blot ikke være en vedtægtsbestemt fortrinsret dertil. Bestyrelsen kan udmærket begunstige medlemmer af familien. Det må imidlertid ske som en almindelig uddeling på grundlag af en konkret vurdering med baggrund i fondens støtteformål.

5. Indirekte begunstigelser

Forbuddet mod vedtægtsmæssig begunstigelse af medlemmer af en bestemt eller flere bestemte familier står ikke alene. Logisk set må der indsættes et værn mod omgåelse, hvis ikke forbuddet i det væsentlige skal være illusorisk. Værnet er indeholdt i fondslovens § 8, stk. 2, der opregner en række forbud, og har følgende ordlyd, »Bestemmelsen i stk. 1 gælder tilsvarende for bestemmelser i en vedtægt, der tillægger medlemmer af en bestemt familie eller visse familier fortrinsret til at indtage en bestemt stilling eller til på anden måde, herunder i form af arbejdsvederlag, at oppebære økonomiske ydelser fra fonden eller fra en virksomhed, hvorover fonden har en bestemmende indflydelse. Dette gælder dog ikke hverv som medlem af bestyrelsen.« Vedtægtsbestemmelse om ret for efterkommere af stifteren om disses ret til ansættelse eller anden lønnet beskæftigelse i virksomheden bliver således uden virkning i det omfang, bestemmelsen vedrører yderligere efterkommere end de, der lever ved fondsstiftelsen og en ved stiftelsen endnu ufødt efterkommer.

Det fremgår udtrykkeligt af bestemmelsens sidste punktum, at der dog kan være en vedtægtsbestemmelse om fortrinsret for medlemmer af familien til at være medlem af fondens bestyrelse. Det fremgår ikke udtrykkeligt, om det også gælder udpegning som formand for bestyrelsen. I betragtning af at stifteren kunne have en interesse i at fastlægge særlige krav til formanden eller træffe bestemmelse om kriterier for udpegningen af denne, synes det mest nærliggende at antage, at det også gjaldt udpegning som formand.[13] Givet er det dog ikke. Bestemmelsens motiver peger på en interesse for stifteren i, at medlemmer af familien er repræsenteret i bestyrelsen.[14] Umiddelbart indeholder forslaget ikke en ændring af denne bestemmelse. Da for-

[11] Bestemmelserne, der er enslydende, er § 7 i lov i om fonde og visse foreninger og § 8 i lov om erhvervsdrivende fonde.

[12] Forslaget er behandlet i betænkningen (nr. 970 fra 1984) s. 51 ff.

[13] Er formandens stemme afgørende i tilfælde af stemmelighed, kan udpegning af formand have særlig betydning for bestyrelsens afgørelser.

[14] Betænkning nr. 970 1982.

manden efter forslaget skal vælges af bestyrelsen, indebærer det, at en fortrinsret for familiemedlemmer til formandsposten under alle omstændigheder vil være uvirksom, hvis forslaget vedtages.[15] I en række andre sammenhænge foreskrives en bestemt sammensætning af et bestemt organ, hvor det tillige er fastsat, hvilken repræsentant, der skal være formand. Begrundelsen om, at bestyrelsen skal fungere som et kollegium, kan næppe i sig selv begrunde, at vedtægterne ikke kan indeholde nærmere bestemmelse om det.

En anden form for indirekte begunstigelse kunne være, at stifter eller andre udtager aktiver i forbindelse med et indskud i fonden til sig selv eller til den nære familie. Med henblik på at undgå sådanne foreslår udvalget, at der indsættes en bestemmelse som § 8 a, der er modelleret efter reglen for aktieselskaber. Reglen har følgende ordlyd, »Hvis en erhvervsdrivende fond erhverver aktiver fra en stifter eller en væsentlig gavegiver, skal fondsmyndigheden godkende erhvervelsen, hvis fonden yder et vederlag for erhvervelsen, og vederlaget mindst svarer til 10 % af fondens grundkapital. Tilsvarende gælder ved erhvervelser fra personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.«

I modsætning til selskabsloven, der har en frist for særlige foranstaltninger ved erhvervelser fra stifterne, gælder denne regel i erhvervsfondsloven uden tidsbegrænsning. Reglen kræver godkendelse af dispositionen fra fondsmyndigheden, hvis en af bestemmelsen omfattet erhvervelse fra fonden medfører, at fonden skal svare et vederlag på mindst 10 % af fondens grundkapital. Kravet om godkendelse gælder ikke alene ved erhvervelser fra stifteren, men også ved erhvervelser fra en væsentlig gavegiver, hvortil kommer, at godkendelseskravet også gælder ved erhvervelser fra personer, som ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står stifteren eller den væsentlige gavegiver særlig nær.

Udvalget fandt den manglende tidsbegrænsning begrundet i kravet om fondens uafhængighed af stifteren.[16] Nogen nærmere forklaring for det relevante i denne sammenhæng giver udvalget desværre ikke, hvorfor det må stå hen i det uvisse.

Til brug for godkendelsen skal fondens bestyrelse udarbejde en redegørelse om de nærmere omstændigheder ved erhvervelsen. Der skal desuden i de sædvanlige tilfælde udarbejdes en vurderingsberetning efter, jf. forslagets § 8 a, stk. 2. Ligheden med selskabsloven er åbenbar.

I forslagets § 8 a, stk. 3 er der gjort undtagelse for så vidt angår fondens sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Ifølge Erhvervsfondsudvalgets rapport er sædvanlige forretningsmæssige dispositioner som hovedregel

[15] I øvrigt fremgår det af Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 104, at Styrelsen har nægtet at godkende vedtægter, hvor en bestemt organisation havde ret til at udpege formanden.

[16] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 87.

kendetegnet ved en række momenter.[17] Det kan fx være, at fonden løbende foretager dispositioner af den pågældende type med andre parter. Er der tale om en sjældent forekommende disposition, kan der ses på kutyme inden for branchen, og hvis fonden tidligere har indgået helt tilsvarende transaktioner med andre, taler det for, at der er tale om en sædvanlig disposition. Det siger sig selv, at vilkårene for transaktionen skal være sædvanlige, hvis dispositionen skal anses for en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

6. Generelt om bestyrelsen

Det er et karakteristikum for en fond, at den har en selvstændig bestyrelse. Lov om erhvervsdrivende fonde § 12 foreskriver, at der skal være mindst 3 medlemmer med tillæg af eventuelle medarbejderrepræsentanter. Udtræder et medlem, indsættes et nyt efter bestemmelserne derom i vedtægten. Sker der ikke udpegning i overensstemmelse med vedtægten, udpeger fondsmyndigheden et medlem, jf. erhvervsfondsloven § 16.

Det kan være fastsat, at bestyrelsen supplerer sig selv,[18] eller det kan ske på anden måde, fx at bestemte foreninger eller organisationer udpeger et medlem. Både ved selvsupplering og ved udpegning er der god mulighed for at udpege bestyrelsesmedlemmer, der besidder en særlig sagkundskab, som formodes at have betydning for fonden. Erhvervsfondsudvalget foreslår i rapporten den begrænsning heri, at ledelsen eller tilsvarende organ og medlemmer af ledelsen eller tilsvarende organer i fondens dattervirksomheder og øvrige tilknyttede virksomheder ikke må udpege medlemmer til fondens bestyrelse, jf. forslaget til et § 12, stk. 4. Denne bestemmelse virker for så vidt logisk nok; normalt er det ikke dattervirksomheden, der fastsætter moderselskabets ledelse. Det er normalt omvendt moderselskabet, der vælger datterselskabets bestyrelse.

7. Sammensætningen af bestyrelsen

Det følger videre af § 12, stk. 3, 1. punktum, at flertallet af bestyrelsens medlemmer ikke må være ansat som direktører i fonden. Denne del foreslås ikke ændret. Derimod foreslås en ændring i § 12, stk. 3, 2. punktum. Den hidtidige version af bestemmelsen foreskriver, at en direktør i fonden ikke uden fondsmyndighedens godkendelse må vælges til formand. Erhvervsfondsudvalget foreslår i rapporten, at der indsættes et forbud mod, at en direktør vælges til formand eller næstformand. Forbuddet mod en formand, der er direktør i fonden, svarer til forbuddet i selskabslovens § 111, stk. 1.

[17] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 88.

[18] Når bestyrelsen udpeger et nyt medlem, deltager medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ikke, medmindre det er særskilt bestemt i vedtægten, jf. erhvervsfondslovens § 22, stk. 1, sidste punktum.

Det følger af erhvervsfondslovens § 17, stk. 1, at stifteren, dennes ægtefælle eller personer, der er knyttet til de nævnte personer ved slægts- eller svogerskab i ret op- eller nedstigende linje eller sidelinjen så nært som søskende, ikke uden fondsmyndighedens samtykke kan udgøre bestyrelsens flertal. Så vidt ses rækker bestemmelsen ret vidt, idet fx stifterens ægtefælles søsters mand må antages at være omfattet af den.[19] Dette led af bestemmelsen foreslår Erhvervsfondsudvalget ikke ændret.

Heller ikke stk. 2 foreslås umiddelbart ændret, idet den eksisterende del forudsættes bevaret. Bestemmelsen omhandler tilfælde, hvor en fond stiftes af et selskab. I så fald kan en person, der direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af den stemmeberettigede kapital i selskabet, ikke uden fondsmyndighedens samtykke udgøre bestyrelsens flertal sammen med personer, der er hører til den kreds af personer, der er nævnt i foregående afsnit. Den nævnte personkreds kan heller ikke uden den pågældende aktionær udgøre flertallet i fondens bestyrelse. Erhvervsfondsudvalget foreslår i rapporten, at der tilføjes et yderligere led, der fastsætter, at flertallet af stifterselskabets ledelse ikke uden fondsmyndighedens samtykke kan udgøre fondsbestyrelsens flertal sammen med personer, der er nævnt i foregående afsnit.[20]

8. Bestyrelsens uafhængighed

Erhvervsfondsudvalget beskæftigede sig indgående med bestyrelsens uafhængighed.[21] I den forbindelse anfører udvalget, »I de senere år er der kommet øget fokus på spørgsmålet om uafhængighed i beslutningskompetente organer især i de børsnoterede selskaber. Det anses for væsentligt, at medlemmerne af det øverste ledelsesorgan altid handler uafhængigt af særinteresser. Det antages således, at uafhængighed kan bidrage til, at beslutninger træffes alene ud fra relevante og saglige bevæggrunde og ikke påvirket af uvedkommende hensyn.«[22] På den baggrund mener udvalget, at uafhængighed i relation til ledelse må forstås bredere en begrebet habilitet, der afgrænses i forhold til konkrete beslutninger.

Disse betragtninger stammer fra Anbefalinger for God Selskabsledelse i børsnoterede selskaber. Det er selvfølgelig korrekt, at der skal være en vis uafhængighed af stifteren i en fond; det er netop et af fondens karakteristika, at der er en udskillelse fra stifteren. Men sammenligningen med det børsnoterede selskab synes ikke velegnet. I det børsnoterede selskab vil der kunne

[19] Derved rækker bestemmelsen videre end den direkte opregning om nærstående i konkurslovens § 2, stk. 1, nr. 1.

[20] Det fremgår af Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 123, at et sådant forbehold allerede er indfortolket i bestemmelsen i fondsmyndighedens praksis.

[21] Behandlingen findes i rapporten s. 122 ff.

[22] Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 122.

være nogle modstridende interesser mellem aktionærerne. Netop derfor giver det god mening at diskutere sammensætningen. Ved en erhvervsdrivende fond er det normalt andre hensyn, der gør sig gældende. Den erhvervsdrivende fond er typisk stiftet med baggrund i en virksomhed, der ønskes bevaret, samtidig med at der skal foretages udlodninger til typisk diverse alment velgørende formål. Der er ikke aktionærhensynet på samme måde som i det børsnoterede selskab. Det første spørgsmål skulle måske snarere være; skal man sammenligne med et børsnoteret selskab? Mange fonde er af en beskeden størrelse, der ikke har megen lighed med et børsnoteret selskab.

Erhvervsfondsudvalget undlod at foreslå lovbestemmelser om et bestemt antal uafhængige bestyrelsesmedlemmer. Man valgte imidlertid, at det skulle fremgå af bemærkningerne til en ændring af loven, at der skal være »mindst 1 medlem der er uafhængigt af selskabets stifter m.v., når bestyrelsen består af 3-4 vedtægtsudpegede medlemmer, mindst 2 medlemmer, der er uafhængige af selskabets stifter m.v., når bestyrelsen består af 5-8 vedtægtsudpegede medlemmer, mindst 3 medlemmer, der er uafhængige af selskabets stifter m.v., når bestyrelsen består af 9-11 vedtægtsudpegede medlemmer, mindst 4 medlemmer, der er uafhængige af selskabets stifter m.v., når bestyrelsen består af 12-14 vedtægtsudpegede bestyrelsesmedlemmer osv. På denne måde tilgodeses ønsket om en reel uafhængig andel af bestyrelsen.«

I denne forbindelse er afhængige bestyrelsesmedlemmer ikke blot medlemmer fra den personkreds, der er nævnt i erhvervsfondslovens § 17, der er omtalt i punkt 7. Rapporten indeholder på siderne 125-127 et skema, der fastlægger en betydelig gruppe, der ikke anses for uafhængige. Fx anses medlemmer, der er eller inden for de seneste 3 år har været medlem af direktionen eller ledende medarbejder i fonden eller en væsentlig dattervirksomhed eller associeret virksomhed til fonden, ikke for at være uafhængig. Begrundelsen herfor er, at uafhængige bestyrelsesmedlemmer udover at varetage fondens formål, således som det fremgår af stifters kodificerede vilje (vedtægten), skal »se fondens og fondsbestyrelsens aktiviteter »udefra« og derved bidrage med nye synsvikler [synsvinkler] og ideer. Personer, der er eller inden for de seneste 3 år har været medlem af direktionen eller ledende medarbejder i fonden eller en dattervirksomhed eller associeret virksomhed til fonden, er i risiko for ikke fuldt ud at kunne agere upartisk. Visse af de beslutninger, fondsbestyrelsen skal tage stilling til, vil omhandle følgerne af beslutninger, den pågældende selv har været med til at træffe.« Denne virkning formodes at være aftaget efter 3 år!?[23] Også ansættelse hos eller partnerskab hos den eksterne revisor inden for de seneste 3 år medfører, at vedkommende ikke anses for uafhængig. Begrundelsen herfor er, »Uafhængige bestyrelsesmedlemmer skal bl.a. se fondens og fondsbestyrelsens aktiviteter

[23] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 126.

»udefra« og derved bidrage med nye synsvikler [synsvinkler] og ideer. Dette vurderes ikke at være tilfældet med personer, der er eller inden for de seneste 3 år har været ansat eller partner hos fondens eksterne revisor.« Har vedkommende været medlem af fondens ledelse i mere end 12 år, er vedkommende for evigt udelukket fra at blive anset for uafhængigt bestyrelsesmedlem.

De her nævnte tilfælde er blot nævnt som eksempler. Rapporten indeholder væsentlig flere eksempler. Eksemplerne er ikke optaget som en del af lovgivningen. Det er de foran omtalte eksempler på det ønskede antal af de såkaldt uafhængige bestyrelsesmedlemmer heller ikke. Fondsudvalget afstod fra at indarbejde det i lovgivningen, men anfører, at det bør indgå i reglerne om god fondsledelse.[24]

9. Dattervirksomhedens bestyrelse

Som udgangspunkt bør der efter Erhvervsfondsudvalgets rapport ikke være sammenfald mellem bestyrelsen i fonden og en dattervirksomhed. Begrundelsen herfor er, at fuldt sammenfald vil kunne sætte todelingen og dermed kontrolmekanismen ud af funktion. Det anerkendes dog, at i 100 % ejede virksomheder gør der sig særlige hensyn gældende, idet fonden ofte ikke selv driver anden virksomhed. Det anerkendes, at der godt i sådanne tilfælde kan være sammenfald mellem fondens bestyrelse og bestyrelsen i det ejede selskab. Ikke desto mindre fandt udvalget dog, at der burde indsættes en anbefaling i reglerne om god fondsledelse om, at flertallet af en fondsbestyrelse ikke samtidig er ledelsesmedlemmer i fondens dattervirksomhed.(?)[25]

10. Begrænsninger for direktionen

Som nævnt i punkt 7 foreslår Erhvervsfondsudvalget en ny bestemmelse i lov om erhvervsdrivende fonde § 12, stk. 3, andet punktum, hvorefter en direktør ikke må være formand eller næstformand for fondens bestyrelse. Udvalget foreslår tillige som en ny bestemmelse i § 12, stk. 5, hvorefter formand eller næstformand i fondens bestyrelse ikke må være direktør i et datterselskab eller i en tilknyttet virksomhed, medmindre fondsmyndigheden undtagelsesvis samtykker deri. Sidstnævnte får i Erhvervsfondsudvalgets rapport så vidt ses kun ret sparsomme bemærkninger med på vejen, idet der henvises til de hensyn, der gør sig gældende for en direktørs bestridelse af en formandspost i fonden. De undtagelser, der nævnes i rapporten er tilfælde, hvor et selskab er under afvikling, i akut krise, hvor direktøren i datterselskabet er afskediget, er fratrådt eller langvarigt syg. Som det ses, er der tale om ganske specielle tilfælde.[26]

[24] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 129.
[25] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 129.
[26] Jf. Erhvervsfondsudvalgets rapport s. 145.

11. Afsluttende bemærkninger

Som nævnt indeholder Erhvervsfondsudvalgets rapport et forslag, der helt i overensstemmelse med kommissoriet indebærer en tilnærmelse af loven om erhvervsdrivende fonde til selskabslovgivningen. Det vil føre for langt at gennemgå hele forslaget, hvorfor jeg har koncentreret mig om nogle af de forhold, der forekommer interessante set i lyset af udviklingen fra den tidligere selvejende institution, der ofte levede et ganske stille liv med varetagelse af sit formål på fornuftig vis. Inspirationen til forslaget hentes tilsyneladende navnlig i reglerne for børsnoterede selskaber. Der er selvsagt nogle store fonde, hvor denne sammenligning for så vidt kan være relevant. Der eksisterer imidlertid også en række mindre fonde, hvor denne sammenligning ikke forekommer særlig relevant. At fonden skal følge regler for såkaldt »God fondsledelse« eller forholde sig til en række krav deri, der for den konkrete fond ikke forekommer relevante, kan ikke umiddelbart anses for vist. I mindre fonde forekommer det formentlig i mange tilfælde mere hensigtsmæssigt at anvende de personelle og økonomiske resurser »tættere på fondens formål.«

Som det fremgår, skærpes begrænsningerne for fondsledelsen ved forslaget. Herunder falder også det forhold, at en bestemmelse i vedtægten om udpegning af formand tilsidesættes. Med forslaget har man efterhånden bevæget sig meget langt fra den traditionelle fond. Det gør det selvsagt meget relevant at overveje, om man vil stifte en fond, der bliver omfattet af de danske regler, eller om målet bedre nås ad anden vej.

Er 120-dages reglen en saga blot?

af

Christian Højer Schjøler

1. Indledning

120-dages reglen er populærbetegnelsen for bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2[1], ifølge hvilken det *kan* aftales i ansættelsesaftalen, at funktionæren kan opsiges med et forkortet opsigelsesvarsel på 1 måned til fratrædelse ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i 120 dage i alt.

Reglen er hyppigt anvendt i praksis,[2] men er på det seneste blevet udsat for et voldsomt pres. EU-domstolen har på baggrund af to danske præjudicielle forelæggelser i de forenede sager C-335 og C-337/11, som omtales nærmere nedenfor, fundet, at reglen – under visse omstændigheder – kan udgøre en indirekte diskrimination over for handicappede, som følge af fortolkningen af begrebet »handicap« i beskæftigelsesdirektivet, Rådets Direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (herefter direktivet). Beskæftigelsesdirektivets forbud mod diskrimination af handicappede er implementeret i dansk lovgivning via forskelsbehandlingsloven.[3]

Nærværende artikel vil redegøre nærmere for årsagerne til 120-dages reglens kollision med beskæftigelsesdirektivet og vurdere de fremtidige anvendelsesmuligheder for reglen.[4]

[1] Lovbekendtgørelse nr. 81 af 3. februar 2009 om retsforholdet imellem arbejdsgivere og funktionærer.

[2] Ifølge en artikel fra 8. oktober 1998 i tidsskriftet Arbejdsmarkedspolitisk Agenda nr. 17 blev reglen anvendt i ca. halvdelen af de 6.000 afskedigelser grundet langtidssyge, som fandt sted i amter og kommuner. Reglen blev i 1999 gjort uanvendelig i offentlige ansættelsesforhold.

[3] Lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

[4] Problematikken er også omtalt af advokat Linda Rudolph Greisen ved dennes essay Handicapbegrebet i EU-Domstolens praksis, Juristen, nr. 3/2013. Hun bistod arbejdsgiverne i de forenede sager.

2. Nuværende ordlyd og anvendelse

Bestemmelsen har pt. følgende ordlyd:

»§ 5. Bliver funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren, medmindre han under tjenesteforholdets beståen har pådraget sig sygdommen ved forsæt eller grov uagtsomhed, eller han ved stillingens overtagelse svigagtigt har fortiet, at han led af den pågældende sygdom.

Stk. 2. Det kan dog ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold bestemmes, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratrædelse ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket....«

Reglen er en undtagelse fra det almindelige opsigelsesvarsel i funktionærlovens § 2, som er 1 måneds varsel til fratrædelse inden for de første 6 måneders ansættelse[5], 3 måneders varsel til fratrædelse inden for 3 års ansættelse, 4 måneders varsel til fratrædelse inden for 6 års ansættelse, 5 måneders varsel til fratrædelse inden for 9 års ansættelse og 6 måneders varsel til fratræden efter 9 års ansættelse. Reglen gælder ikke offentligt ansatte, da dens anvendelse blev fraskrevet i de offentlige overenskomster fra 1999.[6] Ydermere ses det ofte udpenslet i de offentlige overenskomster, at en opsigelse ikke er afhængig af, hvorvidt der har været flere eller færre end 120 dages sygdom. Se cirkulære nr. 9414 af 1. juli 2013 om overenskomst for akademikere i staten. Der henvises til bemærkningerne til overenskomstens § 20.

Ud over varslets længde adskiller en opsigelse efter 120-dages reglen sig også på anden vis markant fra en almindelig opsigelse begrundet i for højt sygefravær.

Hvor opsigelsen ikke er begrundet i funktionærlovens § 5, stk. 2, dvs. 120-dages reglen, skal opsigelsen overholde saglighedskravet.[7] Fravær

[5] Der er dog jf. lovens § 2, stk. 5, mulighed for at aftale en indledende prøveperiode på 3 måneder, hvor opsigelsesvarslet kan aftales til minimum 14 dage fra arbejdsgivers side.

[6] Se fx KTO-forliget på det kommunale område gældende fra 1. april 1999, pkt. 21: http://www.kto.dk/media/319800/KTO_forlig_OK99.pdf og pkt. 28 i aftalen på det statslige område, som også var gældende fra 1. april 1999: http://hr.modst.dk/Service%20Menu/-News/1999%201%20Halvaar/Resultatet%20af%20forhandlingerne%20mellem%20finansministeren%20og%20CFU%20%201999%20%20endelig%20udgave.aspx?page=142

[7] Såfremt en almindelig opsigelse begrundet i sygefravær kendes usaglig, kan lønmodtager tilkendes en godtgørelse på op til 3 måneders løn for usaglig afskedigelse efter funktionærlovens § 2 b. Godtgørelse efter § 2 b er som udgangspunkt udelukket ved opsigelser efter 120-dages reglen grundet sidstnævntes objektive anvendelsesform, jf. fx dommen UfR 2002.2626H.

grundet ikke-selvforskyldt sygdom er lovligt forfald jf. lovens § 5, stk. 1, men såfremt sygefraværets karakter, dvs. længden eller hyppigheden, har afgørende negativ betydning for arbejdsgivers mulighed for planlægning af arbejdet, er det sagligt for arbejdsgiver at opsige medarbejder.

Ved prøvelse af saglighed/rimelighed lægges i praksis vægt på bl.a. følgende faktorer:

- Hvor langvarigt og/eller hyppigt er sygefraværet?
- Hvordan er mulighederne for helbredelse og tilbagevenden til arbejdet på kort og lang sigt?
- Hvor stor en belastning udgør fraværet – er medarbejder fx nøgleperson i virksomhedens drift?
- Kan medarbejder erstattes internt i virksomheden i sygeperioder?
- Kan der dokumenteres driftsmæssige problemer hos virksomheden som følge af sygefraværet?
- Har virksomheden overholdt sine forpligtelser efter sygedagpengeloven, herunder afholdt sygefraværssamtale med lønmodtager?
- Skyldes sygefraværet en arbejdsskade?
- Hvor lang er medarbejders anciennitet?

Som det ses, er der en lang række subjektive forhold, som konkret skal vurderes ved hver enkelt opsigelse. Det indebærer naturligvis en vis grad af usikkerhed og dermed en væsentlig standpunktsrisiko for arbejdsgiver. Det er en af de primære årsager til, at arbejdsgiver ofte foretrækker opsigelse efter 120-dages reglen frem for almindelig opsigelse begrundet i sygefravær.

Ved opsigelse efter 120-dages reglen kræves ikke en prøvelse af fraværets betydning for arbejdsgiver eller arbejdstagers mulighed for tilbagevenden, når reglens objektive kriterier for fravær er opfyldt. Hvor det er relevant, prøver domstolene dog om sygefraværet, og dermed uarbejdsdygtigheden, i de 120 dage helt eller delvist skyldes en sygdom, der er forårsaget af opsagtes eventuelle graviditet[8], hvorimod fravær, som skyldes en arbejdsskade, indgår som sygefravær.[9]

[8] Se Agnete Andersen m.fl.: Ligestillingslovene, bind 2, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2008, side 101. Her gennemgås den særlige beskyttelse i ligebehandlingslovens § 1, stk. 2 mod afskedigelse grundet graviditetsbetinget sygefravær i perioden fra graviditetens indtræden til barselsorlovens udløb.

[9] Se bl.a. Lars Svenning Andersen m.fl.: Funktionærret, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011, side 428, som henviser til Sø- og Handelsrettens utrykte dom af 29. juni 1982, der godkendte en opsigelse efter 120-dages reglen, selvom sygefraværet skyldtes en arbejdsskade. Advokat Jan Weidekamp nævner i UfR 1977 B, s. 326 at det forekommer forkert, at 120-dages reglen ikke tager hensyn til, om fraværet er en følge af en arbejdsskade. Synspunktet er dog ikke gentaget i hans opfølgende artikel om 120-dages reglen, UfR 1993 B, s. 283. Samme synspunkt var i øvrigt baggrund for beslutningsforslag nr. 83 af 25. marts 1993, hvor der fremsattes forslag til Folketingets beslutning om at pålægge regeringen at

3. Historikken bag 120-dages reglen

Hvorvidt 120-dages reglen strider mod ovennævnte direktiv afhænger bl.a. af, om bestemmelsen forfølger et objektivt og sagligt formål, og derfor undersøges indledningsvist lovgivers begrundelse for reglens indførelse.

120-dages reglen var en del af funktionærloven, da den første gang blev vedtaget i 1938, som lov nr. 168 af 13. april 1938 om retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer i Private Erhvervsvirksomheder.[10] Den oprindelige version af 120-dages reglen fremgik af lovens § 5 og havde følgende ordlyd:

»Bliver funktionæren paa Grund af Sygdom ude af Stand til at udføre sit Arbejde, betragtes den heraf følgende Tjenesteforsømmelse som lovligt Forfald for Funktionæren, medmindre han under Tjenesteforholdets Bestaaen har paadraget sig Sygdommen ved Forsæt eller grov Uagtsomhed, eller han ved Stillingens overtagelse svigagtig har fortiet, at han led af den paagældende Sygdom.

Det kan ved skriftlig Kontrakt bestemmes, at Funktionærens Ansættelse betragtes som bortfaldet uden særligt Opsigelsesvarsel, når Funktionæren inden for et Tidsrum af 12 på hinanden følgende Maaneder har oppebaaret Løn under Sygdom i i alt 120 dage.....«

Ifølge den oprindelige ordlyd af 120-dages reglen skulle der end ikke gives et opsigelsesvarsel, idet ansættelsesforholdet ansås som bortfaldet, når reglens objektive kriterium om løn under sygdom i 120 dage igennem det seneste år var opfyldt.

Selve lovforslaget, forslag til lov om individuelle arbejdsaftaler,[11] der dannede baggrund for den oprindelige funktionærlov, indeholdt ved fremsættelsen ingen 120-dages regel. Reglen var i stedet en del af et ændringsforslag, som Folketingets udvalg udarbejdede som led i betænkningen over forslaget til lov om individuelle arbejdsaftaler.[12]

Ifølge bemærkningerne til loven[13] var udvalgets begrundelse for reglen følgende:

»I § 5 foreslaas en Bestemmelse om, at Funktionærens Tjenesteforsømmelse på Grund af Sygdom skal betragtes som lovligt Forfald for Funktionæren, hvilket er i overensstemmelse med gældende Retspraksis. En undtagelse gøres i de Tilfælde, hvor Funktionæren efter Tjenestens Tiltræden har forvoldt Sygdommen ved Forsæt eller grov Uagtsomhed, eller han ved Tiltrædelsen svigagtigt har fortiet, at han led af den paagældende Sygdom. Under Hensyn til, at der bør sættes en vis Tidsbegrænsning for Arbejdsgiverens Pligt til at betale Løn til den sygemeldte Funktionær, og til, at det kan være i saavel Ar-

---

sikre, at funktionærer, der havde pådraget sig en arbejdsskade, tidligst kunne opsiges med 180 dages varsel. Beslutningsforslaget blev ikke vedtaget.

[10] Lovtidende 1938 ABC, s. 719.

[11] Forelagt Folketinget 16. oktober 1937, Rigsdagstidende, samling 1937-38, tillæg A, sp. 2485.

[12] Betænkningen blev afgivet af udvalget 6. april 1938 og fremgår af Rigsdagstidende, samling 1937-38, tillæg B, sp. 2073.

[13] Udvalgets betænkning, sp. 2076.

bejdsgiverens som Funktionærens interesse at kunne ordne Forholdet saaledes, at Tjenesteforholdet uden forudgaaende Opsigelsesvarsel betragtes som ophørt, naar Sygdommen har varet en vis Tid, foreslaas det endvidere, at der ved en skriftlig Kontrakt skal kunne bestemmes, at Funktionærens Ansættelse betragtes som ophørt, naar Funktionæren inden for et Tidstum af 12 på hinanden følgende Maaneder har oppebaaret Løn under Sygdom i i alt 120 dage.«

Som det ses blev 120-dages reglen indført som en modvægt til arbejdsgivers pligt til at betale funktionæren løn under sygdom. Bemærkningerne anfører, at det kan være i såvel arbejdsgivers som arbejdstagers interesse, at ansættelsen ophører uden varsel efter en vis periodes sygdom. Arbejdsgivers interesse er umiddelbart åbenlys, idet arbejdsgiver via bestemmelsen undgår at betale løn i en lang opsigelsesperiode, hvor funktionæren muligvis fortsat er fraværende grundet sygdom. Derimod synes funktionærens interesse knap så åbenlys – i hvert fald i nutidens optik. Bemærkningerne synes at forudsætte, at funktionæren ville have en interesse i en nærmest automatisk fratrædelse uden en formel opsigelse med tilhørende varsel, når funktionæren har været syg i længere tid.

Med nutidige briller synes det usandsynligt, at arbejdstager skulle have en reel selvstændig interesse i bestemmelsens fravigelse af kravet om en opsigelse med tilhørende varsel.[14] Den primære drivkraft bag reglen må ifølge udvalgets bemærkninger i al væsentlighed være en begrænsning af arbejdsgivers pligt til at betale sygeløn.

Bestemmelsens karakter af undtagelse til det normale opsigelsesvarsel ændredes i årene efter 1938, da bestemmelsen i stigende grad fandt vej til overenskomsterne og dermed, via henvisning til overenskomsten i de individuelle aftaler, blev hovedreglen i forhold til opsigelser grundet sygdomsfravær.

3.1. Ændring af funktionærloven i 1948

Brug af 120-dages reglen som hovedregel stred imod den oprindelige hensigt, hvilket påkaldte en revision af bestemmelsen i 1948. Ved lov nr. 261 af 9. juni 1948[15] ændredes funktionærlovens titel til »lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer«. Revisionen tilføjede et krav om reglens skriftlige vedtagelse i ansættelseskontrakten for hvert enkelt ansættelsesfor-

[14] I dag råder fagforeninger deres medlemmer til at afvente en opsigelse fra arbejdsgiver, selvom medlemmets sygdom umuliggør tilbagevenden til arbejdspladsen. Se eks: http://www.djoef.dk/raadgivning/ansaettelsesvilkaar/sygdom-og-fravaer/sygdom/opsigelse-paagrundafsygdom.aspx. Vejledning af den karakter er bl.a. begrundet i, at ifald medlemmet opsiger sin egen stilling, risikerer medlemmet, at A-kassen betragter medlemmet som »selvforskyldt ledig«, hvorefter medlemmet kan tildeles en dagpengekarantæne.

[15] Lovforslaget til Lov om Retsforholdet mellem Arbejdsgivere og Funktionærer fremgår af Rigsdagstidende, samling 1947-47, tillæg A II, sp. 3969. Den vedtagne lov fremgår af Lovtidende A I, 1948, s. 1081.

hold. Samtidig ændredes § 5 til dens nuværende ordlyd, idet bestemmelsen blev opdelt i stk. 1-4 med 120-dages reglen som stk. 2. Man indførte i den forbindelse krav om 1 måneds opsigelsesvarsel. Opsigelsen skulle ske i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage og mens funktionæren stadig var syg.

Ændringen af bestemmelsen var afstedkommet af et af arbejds- og socialministeren den 16. april 1946 nedsat udvalg, der havde til opgave at foretage en revision af funktionærloven. Udvalget anførte i betænkningen en række generelle bemærkninger til virkningerne af funktionærens sygdom.[16]

Indledningsvis henviste udvalget til, at der under udvalgets arbejde sideløbende foregik et udvalgsarbejde i samme ministerium, hvor »Invaliders og erhvervshæmmedes Arbejdsmuligheder« undersøgtes mhp. at lette deres adgang til arbejde. Sidstnævnte udvalg havde dog ikke afsluttet sine overvejelser, og derfor kunne udvalget til revision af funktionærloven ikke stille forslag om optagelse af særlige undtagelsesbestemmelser i deres udkast til en ny funktionærlov. Man var således allerede dengang opmærksom på handicappedes sygefravær som adgangshindring til arbejdsmarkedet.

Udvalget til fremme af invaliders adgang til arbejde fremkom i øvrigt med en betænkning, hvori udvalget skrev følgende omkring indførelsen af særlige opsigelsesregler:

»For de erhvervshæmmede, der falder ind under funktionærloven eller medhjælperloven, må disse loves opsigelsesregler gælde.

Udvalget har overvejet, hvorvidt der bør gives erhvervshæmmede en særstilling, så det i overenskomsterne pålægges arbejdsgiverne også ved opsigelse at tage hensyn til, om visse arbejdere på grund af erhvervshæmning har særlige vanskeligheder ved at skaffe sig andet arbejde, idet andre arbejdere da skal afskediges før disse.

En sådan regel kan dog ikke anbefales. Den vil give anledning til megen misfornøjelse blandt arbejdskammeraterne. Det, de erhvervshæmmede bør opnå, er normalt at stilles på lige fod med fuldt arbejdsfør arbejdskraft. Det vil ikke være rimeligt og heller ikke gavne den almindelige indstilling til de erhvervshæmmede, om man på et så afgørende punkt gav dem en fortrinsstilling fremfor andre arbejdere.«[17]

Efter nøje overvejelser anbefaler udvalget ikke særbehandling af handicappede i forbindelse med opsigelsesregler, fordi det ville hæmme den sociale accept af handicappede. Der skulle ifølge udvalget ikke dispenseres for anvendelsen af 120-dages reglen over for handicappede.

Desuden var der i udvalget til revision af funktionærloven uenighed om den fremtidige formulering. Et mindretal, bestående af folketingsmand Svend Nielsen, foreslog, at lovudkastet tillagde funktionærer med hhv. 4, 5

[16] Betænkning afgivet af det af Arbejds- og Socialministeriet den 16. april 1946 nedsatte udvalg om revision af funktionærloven, s. 17. Uddrag af betænkningen kan også findes som bilag til lovforslaget. Se Rigsdagstidende, samling 1947-48, tillæg A II, sp. 3981 og frem.

[17] Betænkningen fra 1951 afgivet af det af Arbejds- og Socialministeriet nedsatte udvalg om erhvervsmæssige foranstaltninger for erhvervshæmmede.

og 6 måneders opsigelsesvarsel hhv. 2, 3 og 4 måneders opsigelsesvarsel ved brug af 120-dages reglen. Flertallet afviste forslaget, da hensigten med 120-dages reglen var at minimere arbejdsgivers risiko ved at undlade at opsige funktionæren ved langvarig sygdom. Mindretallets forslag ville ifølge flertallet øge arbejdsgivers risiko og tilskynde til en hurtig opsigelse ved indtræden af sygdom.

Lovudkastet var ifølge udvalget et kompromis, idet to udvalgsmedlemmer udtalte, at de hellere så, at bestemmelsen helt udgik. Endelig ønskede et enkelt udvalgsmedlem, at der blev nedlagt forbud mod reglens anvendelse over for sygdom som følge af en arbejdsskade, indtil sygdommen var konstateret kronisk, men i sidste ende samledes udvalget om lovudkastets formulering med undtagelse af førnævnte Svend Nielsen.

Udvalget havde i øvrigt følgende bemærkninger til den i forslag bragte formulering af § 5.[18]

»Paragraffen giver i Overensstemmelse med den gældende Lovs § 5 Regler om Funktionærens Ret til Løn under Sygdom.

Stk. 1 svarer til den gældende Lovs § 5, 1. Stk. Bestemmelsen slaar fast, at uforskyldt Sygdom, opstaaet under Tjenesteforholdets Forløb, betragtes som lovligt Forfald, hvad der var antaget allerede før Funktionærloven. Det er en Byrde, som man fra gammel Tid har fundet det naturligt at lægge paa Arbejdsgiveren under Hensyn til Funktionærforholdets særlige Karakter og de Goder, som Sikringen af den faste Arbejdskraft byder Arbejdsgiveren. Det følger af Bestemmelsen om det forlængede Opsigelsesvarsel, som Lovens § 2 giver for længere Tids Tjeneste, at Byrden for Arbejdsgiveren, der kun gennem Iagttagelsen af det længere Opsigelsesvarsel kan frigøre sig for den syge Funktionær, forøges over for den ældre Funktionær, men denne tiltrænger ogsaa en videregaaende Beskyttelse, der er begrundet i de mange Aars Tjeneste.

Ved Stk. 2 gøres der i Overensstemmelse med den gældende Lov en Undtagelse fra Hovedreglen om, at Arbejdsgiveren kun kan frigøre sig fra Sygdomsrisikoen ved Iagttagelse af det for Forholdet gældende Opsigelsesvarsel.

Ved Bestemmelsen, der efter den gældende Lov gaar ud paa, at det ved skriftlig Kontrakt kan bestemmes, at Funktionærens Ansættelse betragtes som bortfaldet uden særligt Opsigelsesvarsel, naar Funktionæren inden for et Tidsrum af 12 paa hinanden følgende Maaneder har oppebaaret Løn under Sygdom i ialt 120 dage, har det været tilsigtet kun at skabe en Undtagelse fra Hovedreglen i Stk. 1 for at undgaa, at Arbejdsgiveren straks af Funktionærens Sygdom skal føle sig tilskyndet til at opsige denne, men ved at Bestemmelsen i mange Tilfælde har fundet Optagelse i Organisationernes Aftaler, er den blevet Led i de for Organisationernes Medlemmer gældende individuelle Aftaler, hvorved den har mistet sin Karakter af en Undtagelsesbestemmelse og i vidt Omfang erstatter Hovedreglen i Stk. 1.

Denne Udvikling strider ikke blot mod den ved Funktionæloven tilsigtede Fastlæggelse af dette Forhold, men maa efter Udvalgets Opfattelse ogsaa anses for en for vidtgaaende Beskæring af den Funktionæren efter Stk. 1 tilkommende Ret. Udvalget foreslaar derfor, at det udtrykkelig udtales, at Undtagelsesbestemmelsen for at have Gyldighed skal

[18] Betænkningen, s. 41.

indføjes i den enkelte Tjenestekontrakt. Herved klargøres det tydeligt for Funktionæren, at Reglen gælder for hans Kontraktforhold, og det undgaas, at Reglen kan indføres gennem en kollektiv Bestemmelse i Organisationsaftaler.

Det er endvidere Udvalgets Opfattelse, at Undtagelsesbestemmelsen ved, saaledes som den er formuleret i den gældende Lov, at give Adgang til straks uden Varsel at afskedige Funktionæren efter 120 Sygedage, rammer den ældre Funktionær med den gennem Aarene oparbejdede Opsigelses-Anciennitet for haardt, og man foreslaar derfor, at Opsigelse skal ske med 1 Maaneds Varsel efter de 120 Sygedages Udløb. Det maa dernæst anses for en naturlig Betingelse for Benyttelsen af denne Adgang til at opsige med forkortet Varsel, at Opsigelsen sker i umiddelbar Tilknytning til Udløbet af de 120 Sygedage, og medens Funktionæren endnu er syg. Derimod skal det ikke udelukke Reglens Anvendelse, at Funktionæren melder sig rask, inden Fratræden skal ske, idet Arbejdsgiveren ved at vente til Udløbet af de 120 Sygedage med sin Opsigelse maa anses for at have taget fornødent Hensyn til Funktionærens Interesse....«

Udvalgt fandt dermed den oprindelige ordlyd af 120-dages reglen for indgribende at håndhæve uden varsel over for funktionæren. Udvalget fandt tilsyneladende ikke grund til at ændre ved objektiviteten i bestemmelsens anvendelse og indførte derfor ikke krav til sygefraværets betydning for virksomheden osv.

Som beskrevet lagde udvalget til grund, at bestemmelsen indebar en afvejning af parternes interesser, da bestemmelsen ifølge udvalget beskyttede arbejdstager imod at blive opsagt straks ved ethvert sygefravær. Der synes at være god ræson i udvalgets forståelse af konsekvenserne ved bestemmelsen, men bemærkningerne til den oprindelige funktionærlov, som er citeret ovenfor, nævnte ikke denne beskyttelse eksplicit. I stedet nævnte bemærkningerne til den oprindelige funktionærlov, at der burde sættes en tidsbegrænsning for arbejdsgivers betaling af sygeløn, og at det kunne være i parternes interesse med et ophør af ansættelsesforholdet uden forudgående varsel. Udvalgets forståelse af motivet bag bestemmelsen er nærmere en fortolkning i forhold til bestemmelsens anvendelse.

4. Beskytter 120-dages reglen mod tidlige opsigelser?

120-dages reglen beskytter i princippet ikke mod en tidlig opsigelse grundet sygefravær, da bestemmelsen ikke indeholder et forbud mod en tidlig opsigelse. I stedet må det nærmere ses som en afledt konsekvens af bestemmelsen, at arbejdsgiver kan afvente udviklingen i sygefraværet, da 120-dages reglen, som nævnt, giver mulighed for at afslutte ansættelsesforholdet på en for arbejdsgiver lempelig måde, hvis sygefraværet fortsætter. Såfremt 120-dages reglens udtrykkelige formål også skulle kunne rumme en direkte beskyttelse mod førtidige opsigelser grundet sygefravær, burde reglen have indeholdt et decideret forbud mod opsigelse grundet sygefravær i begyndelsen af fraværsperioden. Der er intet forbud mod at opsige funktionærer

grundet sygefravær med funktionærens normale varsel inden 120 dages sygdom.[19]

Der synes ej heller at være praksis for at vurdere sagligheden af en »tidlig« opsigelse under hensyntagen til, at 120-dages reglen havde til formål at hindre førtidige opsigelser, og at arbejdsgiver derfor burde have afventet den mulige brug heraf.

120-dages reglen er ikke ændret siden 1948, men der har som nævnt været taget spæde tilløb til en ændring. Bl.a. fremsatte et af arbejdsministeriet nedsat udvalg et ændringsforslag til bestemmelsen i betænkning nr. 1022 afgivet den 6. juni 1984, hvori varslet i § 5, stk. 2, i lighed med folketingsmand Svend Nielsens ovennævnte forslag, foresloges forlænget og gradueret til 1, 3 og 4 måneder afhængig af anciennitet og de 120 dage i øvrigt gjordes »rullende«.[20] Ændringsforslaget udmøntedes ikke i en lovændring.

Den mest markante ændring vedrørende 120-dages reglen var, at anvendelsen af bestemmelsen blev fraskrevet i de offentlige overenskomster i 1999, hvorefter offentlige arbejdsgivere er henvist til at anvende den almindelige opsigelse begrundet i sygefravær som beskrevet ovenfor.

5. Handicap ctr. sygdom

Funktionærlovens § 5, stk. 2 skeler ikke til sygefraværets karakter, udover at der skal være tale om »sygdom«. Begrebet sygdom er ikke autoritativt defineret i funktionærloven eller andre steder. Den manglende definition gør grænsedragningen over for begrebet handicap vanskelig i praksis. Øvelsen vanskeliggøres yderligere ved, at begrebet handicap ej heller er autoritativt beskrevet. Netop vanskeligheden eller rettere usikkerheden ved grænsedragningen gør – efter undertegnedes opfattelse – anvendelsen af 120-dages reglen særligt risikofyldt fremadrettet, hvilket beskrives i det følgende.

5.1. Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven

Ved ændringen af forskelsbehandlingsloven i 2004[21] blevet begrebet »handicap« indsat i forskelsbehandlingslovens opremsning af diskriminationsforbud i § 1, stk. 1, hvorefter det med virkning fra 28. december 2004 blev forbudt at diskriminere personer på arbejdsmarkedet på grund af handicap.

Begreberne »sygdom« og »handicap« er ikke klart defineret og adskilt i lovgivningen, og derfor kan der opstå tvivl, om en lønmodtager er fraværende grundet sygdom eller betragtes som handicappet. Ifald lønmodtager betragtes som handicappet, beskyttes lønmodtager af forbuddet mod direkte og indirekte diskrimination i forskelsbehandlingsloven, herunder i afskedi-

[19] Funktionærret, 4. udg., side 750.

[20] Betænkning nr. 1022, side 33 og 37.

[21] Ændringen skete ved lov 1417 af 22. december 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet.

gelsessituationen, og derfor er det vigtigt at klarlægge rækkevidden af handicapbegrebet.

Begrebet er ikke defineret i beskæftigelsesdirektivet 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, som ligger til grund for forskelsbehandlingsloven.

I pkt. 4.1. i de almindelige bemærkninger og bemærkninger til lovændringens § 1, nr. 2 i ovennævnte ændringslov i 2004 henvises til, at handicapkriteriet er særligt vigtigt for social- og arbejdsmarkedslovgivningen, men at der ikke findes en egentlig autoritativ definition – ej heller i direktivet. Ifølge bemærkningerne påhviler det således medlemsstaten at afgrænse kriteriet ved implementeringen. Dog fastlægges det i bemærkningerne, at det er op til EU-Domstolen (herefter Domstolen) at fastlægge den endelige fortolkning af begrebet, hvilket også er sket, som der redegøres for senere i artiklen.

Der henvises i bemærkningerne herefter til Det Centrale Handicaprådsⁿ[22] refleksionspapir fra 2001, hvori begrebet handicap formuleres på følgende måde:

»For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation.«[23]

Ydermere henviser lovbemærkningerne til FN's Standardregler om Lige Muligheder for Handicappede (Resolution 48/96) fra 1993[24], hvis punkt 17 og 18 opererer med begreberne »funktionsnedsættelse« og »handicap« med følgende ordlyd:

»(17) Betegnelsen »funktionsnedsættelse« dækker et stort antal forskellige funktionsmæssige begrænsninger, der forekommer i alle befolkningsgrupper i samtlige lande i verden. Mennesker kan have funktionsnedsættelse på grund af en fysisk, intellektuel eller sansemæssig funktionshæmning, en medicinsk betinget tilstand eller en sindslidelse. Sådanne funktionshæmninger, tilstande eller sygdomme kan være af permanent eller forbigående art.

(18) Betegnelsen »handicap« betyder tab eller begrænsning af muligheder for at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Den beskriver relationen mellem et menneske med funktionsnedsættelse og dets omgivelser. Formålet med denne betegnelse er at sætte fokus på mangler ved omgivelserne og mange af de i samfundet iværksatte aktiviteter, som for eksempel information, kommunikation og uddannelse, der forhindrer mennesker med funktionsnedsættelse i at deltage på lige vilkår med andre.«

[22] Det er Folketingets og regeringens rådgivningsorgan i handicappolitiske spørgsmål.

[23] »Handicap og Ligebehandling« et refleksionspapir s. 2, *Det Centrale Handicapråd*, 2001.

[24] Som Danmark tiltrådte den 20. december 1993 på FN's generalforsamling nr. 48.

Bemærkningerne gør gældende, at FN's forståelse af handicapbegrebet sigter til konsekvenserne af funktionsnedsættelsen, hvorfor en funktionsnedsættelse kan betyde større eller mindre handicap i forhold til et arbejde.

Selve baggrunden dvs. årsagen for funktionsnedsættelsen er ifølge bemærkningerne irrelevant for beskyttelsen efter loven og direktivet.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget er det ikke afgørende for beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap, at der kan konstateres et konkret behov for kompensation for, at vedkommende kan fungere på lige fod med de øvrige ansatte.[25]

Det manglende krav om et konkret behov for kompensation betyder en differentiering fra det kompensationsbaserede handicapbegreb i arbejdsmarked- og sociallovgivningen, hvis formål hovedsagligt er at yde kompensation.[26] Forskelsbehandlingsloven opererer med det såkaldte miljøbestemte handicapbegreb, hvor handicap er udtryk for omgivelsernes manglende evne til at tilpasse sig mennesker med funktionsnedsættelse, hvilket hindrer dem i at deltage på lige vilkår med andre. Barriererne kan i den forbindelse være såvel holdningsmæssige som fysiske.[27]

5.2. Muligheder for at udspørge lønmodtager om handicap

Bemærkningerne henviser i den forbindelse til, at danske arbejdsgivere jf. helbredsoplysningslovens[28] § 2 kun i tilfælde, hvor sygdommen vil have en væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde, må anmode om helbredsoplysninger med det formål at få oplyst, om lønmodtager lider eller har lidt af en sygdom eller har haft symptomer på en sygdom.

Det bemærkes derudover, at lønmodtager, ifølge helbredsoplysningslovens § 6, har en selvstændig oplysningspligt, hvorefter lønmodtager af egen drift eller på spørgsmål fra arbejdsgiver skal oplyse, om lønmodtager er bekendt med at lide af en sygdom eller har symptomer på en sygdom, som vil

[25] Det blev ikke desto mindre lagt til grund af Vestre Landsret i sagerne UfR 2008.306V og B-2722-06, hvor lønmodtagerne ikke fandtes handicappede, selv om deres respektive tilstande havde medført funktionsnedsættelser, idet der alene skulle kompenseres herfor via en nedsættelse af arbejdstiden. De nævnte afgørelser er af flere blevet kritiseret, bl.a. Mogens Wiederholt i Juristen, nr. 7, 2008, side 205 ff.

[26] Pia Justesen, Handicap og diskrimination på arbejdsmarkedet, UfR 2008B, s. 305. Et eksempel er kompensationsloven, lovbkg. 727 af 7. juli 2009, hvorefter handicappede bl.a. har fortrinsadgang til offentlige stillinger, hvis vedkommende er lige så kvalificeret som de øvrige ansøgere. Der kan ifølge loven også gives personlig assistance til handicappede i beskæftigelse med betydelig funktionsnedsættelse.

[27] Justesen, s. 305.

[28] Lov nr. 286 af 24. april 1996 om brug af helbredsoplysninger m.v. på arbejdsmarkedet.

have væsentlig betydning for lønmodtagers arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde.

Helbredsoplysningsloven gælder i øvrigt ikke begrebet »færdigheder«, og arbejdsgivers adgang til at spørge til lønmodtagers færdigheder er således ikke omfattet af lovens anvendelsesområde. Da færdighederne er væsentlige for lønmodtagers arbejdsindsats, må arbejdsgiver frit spørge til og evt. undersøge disse. En nedsat eller manglende færdighed kan dermed udgøre en funktionsnedsættelse og udgøre et handicap. Som nævnt er årsagen til funktionsnedsættelsen irrelevant for beskyttelsen,[29] men i visse tilfælde vil den ikke kunne anses som et handicap. I stedet vil der blot være tale om, at lønmodtager ikke opfylder de nødvendige og rimelige krav, arbejdsgiver stiller.

5.3. Nedre grænse for begrebets beskyttelse

Derfor rummer direktivets betragtning 17 en slags nedre grænse for beskyttelsen via handicapkriteriet, idet direktivet – med forbehold for tilpasningsforpligtelsen – ikke kræver »hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er **kompetent**, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse«.

Beskyttelsen ændrer således ikke ved, at en handicappet lønmodtager – på lige fod med øvrige lønmodtagere, skal opfylde de væsentlige krav til arbejdsbeskrivelsen. En handicappet lønmodtager er ikke beskyttet mod opsigelse, hvis opsigelsen er begrundet i, at vedkommende ikke kan varetage den/de væsentligste funktioner i stillingen – under forudsætning af, at tilpasningsforpligtelsen er opfyldt fra arbejdsgivers side. De må dog ikke stilles ringere som følge af deres handicap.[30]

5.4. Handicapbegrebet i handicapkonventionen

Efter forskelsbehandlingslovens implementering af direktivets forbud mod diskrimination grundet handicap vedtog Folketinget den 28. maj 2009 at meddele samtykke til, at Danmark ratificerede den konvention om rettigheder for personer med handicap, FN's Generalforsamling vedtog på sin samling den 13. december 2006.[31] Handicapkonventionen trådte herefter i kraft i Danmark den 24. august 2009. Handicapkonventionen rummer dog ingen statisk definition af handicap.[32] I stedet indeholder præamblens litra e en bred beskrivelse, som har følgende ordlyd:

[29] Se også præmis 40 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11, Ring og Skouboe Werge herom. Sagen omtales senere i nærværende artikel.

[30] Justesen, s. 308.

[31] Beslutningsforslag B 194, samling 2009-2009.

[32] Det opnåede man ikke enighed om.

»e) ...handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsbestemte og omgivelsesmæssige barrierer, som hindrer dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre,«

Ligeså indeholder konventionens art. 1 også en beskrivelse af handicappede, som er omfattede af konventionen, idet andet led af artiklen lyder:

»...Personer med handicap omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.«

Konventionen afgrænser ikke begrebet nærmere, da det fx ikke er indeholdt i konventionens art. 2, som rummer definitioner på relevante udtryk anvendt i konventionen. Som det fremgår, kræver konventionen en vis langvarighed i funktionsnedsættelsen, før den kan siges at udgøre et handicap. Desværre rummer konventionen ikke en definition af begrebet langvarig.[33]

Det bemærkes, at konventionens art. 1 ikke fordrer, at vedkommende er aktuelt hindret fra fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet, idet konventionen ved brugen af udtrykket »kan hindre« signalerer, at den blotte mulighed for en hindring er tilstrækkelig til at henføre en person med funktionsnedsættelse som værende handicappet i konventionens forstand.

Konventionen har således fokus på de miljøbestemte barrierer, hvorfor begrebet antageligt vil udvikle sig afhængig af samfundets udvikling i en inkluderende eller ekskluderende retning over for mennesker med funktionsnedsættelse.

Ifølge beslutningsforslaget om ratificering er handicapbegrebet i FN's standardregler i overensstemmelse med beskrivelsen af personer med handicap i art. 1 i konventionen.[34] Ifølge det fremsatte beslutningsforslag havde Danmark allerede vedtaget relevant lovgivning, som modsvarede de bestemmelser i konventionen, der efter regeringens vurdering fordrede gennemførelse ved lov. Art. 27 i konventionen omhandler arbejde og beskæftigelse, og bl.a. pålægger art. 27 deltagerstaterne at tage passende skridt til at forbyde diskrimination på grund af handicap i alle forhold vedrørende beskæftigelse. Det er ifølge beslutningsforslaget sket igennem forskelsbehandlingsloven.[35]

Foruden Danmarks nationale ratificering af konventionen, ratificerede EU – i egenskab af selvstændigt retssubjekt – konventionen ved Rådets afgørelse af 26. november 2009.[36]

[33] Varighedskravet diskuteres senere i nærværende artikel.

[34] Beslutningsforslag B194, alm. bemærkninger, litra A og litra C.2, bemærkninger til art. 1.

[35] Beslutningsforslag B194, litra C.2 – bemærkninger til art. 27.

[36] Rådets afgørelse af 26. november 2009 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af De Forende Nationers konvention om handicappedes rettigheder (2010/48/EF).

Ratificeringen betyder i medfør af art. 216 i TEUF, stk. 2, at aftaler, Unionen indgår, er bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne. Det indebærer, at såvel nationale domstole som Domstolen er forpligtet til at fortolke EU-retten, herunder sekundære retskilder i form af direktivet, i overensstemmelse med konventionen.

Derfor henviste Domstolen til handicapbegrebet i konventionen ved Domstolens afgørelse af 13. april 2013 om 120-dages reglen, som gennemgås nedenfor i afsnittet om relevant retspraksis.

5.5. Tilpasningsforpligtelsen

En vigtig bestanddel af beskyttelsen mod diskrimination af handicappede er den særlige tilpasningsforpligtelse, arbejdsgivere har over for handicappede.

Tilpasningsforpligtelsen findes i direktivets artikel 5, som er gennemført ved forskelsbehandlingslovens § 2 a, der forpligter arbejdsgiver til at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger for at imødekomme de konkrete behov hos den handicappede lønmodtager, så lønmodtager har adgang til beskæftigelse. Hvis arbejdsgiver ikke træffer de fornødne foranstaltninger, er det en overtrædelse af forbuddet mod diskrimination, idet tilpasningsforpligtelsen ikke skal anses som positiv særbehandling.[37] Dog skal forpligtelsen underlægges et rimelighedskrav, idet foranstaltningerne ikke må pålægge arbejdsgiver en uforholdsmæssig byrde. I rimelighedsvurderingen skal inddrages, i hvor stort omfang byrden ved foranstaltningerne lettes via støtte fra det offentlige.

Desuden er det værd at bemærke, at EU-Domstolen anser en nedsættelse af arbejdstiden som en mulig passende tilpasningsforanstaltning, den handicappede lønmodtager har krav på, medmindre det som nævnt udgør en uforholdsmæssig byrde for arbejdsgiver.

Vurderingen af byrden må nødvendigvis ske ud fra arbejdsgivers forhold på det tidspunkt, hvor behovet for en tilpasningsforanstaltning enten fremhæves af lønmodtager eller fremstår som åbenlys for arbejdsgiver.

Ifølge direktivet og forskelsbehandlingsloven er arbejdsgiver forpligtet til at træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, den pågældende person med handicap har.[38] Hvis behovet er åbenlyst for arbejdsgiver, må denne nødvendigvis være forpligtet til at træffe de fornødne hensigtsmæssige foranstaltninger, selvom lønmodtager ikke har gjort opmærksom på behovet. Almindelig fornuft tilsiger, at ar-

[37] Ruth Nielsen, Vänbok til Ronnie Eklund, Iustus Forlag, 2009, s. 432.

[38] Ifølge pkt. 3 i konsekvensanalysebilaget til forslaget til beskæftigelsesdirektivet, KOM/99/0565 endelig udg. – CNS 99/0225, EF-Tidende nr. C 177 E af 27/06/2000 omfatter foranstaltningerne også tiltag, som iværksættes over for øvrige lønmodtagere for at forbedre produktiviteten, fx talestyret computer osv.

bejdsgiver skal indgå i en dialog med lønmodtager om behovet inden der iværksættes foranstaltninger.

Ved uenighed om foranstaltningens karakter, eller hvor den nødvendige foranstaltning af arbejdsgiver skønnes uforholdsmæssig byrdefuld, har arbejdsgiver mulighed for at iværksætte andre, mindre indgribende/byrdefulde foranstaltninger og bærer standpunktsrisikoen for, at de anvendte foranstaltninger findes tilstrækkelige ved en eventuel efterfølgende tvist.[39]

5.5.1. De organisatoriske ændringers betydning for forpligtelsen

Spørgsmålet er, hvilken betydning det har for tilpasningsforpligtelsen, hvis en allerede iværksat tilpasning i ansættelsesperioden skifter karakter og bliver uforholdsmæssig grundet en ændring i arbejdsgivers forhold, herunder en ændring i organisationens størrelse.[40] Hvis tilpasningen bestod i en reduktion af arbejdstiden eller udvidet brug af hjemmearbejdsplads, og en reduktion af organisationens størrelse har betydet, at der kræves øget tilstedeværelse enten fysisk på kontoret eller arbejdstidsmæssigt, må den opståede uforholdsmæssige byrde ved den nedsatte arbejdstid eller hjemmearbejdsplads tillægges betydning i forbindelse med fx en yderligere reduktion af personalet. Ligebehandlingsnævnet lægger dog til grund i deres afgørelse nr. 161/2013 af 21. august 2013, at en vægtning af manglende fleksibilitet hos en lønmodtager med nedsat arbejdstid og hjemmearbejdsdage skaber formodning om, at pågældende blev udsat for indirekte forskelsbehandling. Det indebar ifølge nævnet, at arbejdsgiver blev pålagt bevisbyrden for at godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket.

Nævnet fandt, at arbejdsgiver ikke kunne løfte bevisbyrden, idet arbejdsgiver ikke havde bevist, at en ændring af tilpasningen ikke kunne opfylde kravet om yderligere fleksibilitet hos lønmodtager.

Men nævnet hverken diskuterer eller henviser – lidt overraskende – til forholdsmæssigheden af en tilpasningsforanstaltning i lyset af de organisatoriske ændringer hos indklagede. Da der er tale om indirekte diskrimination, skal det vurderes, om vægtningen af medarbejders manglende fleksibilitet i valget af medarbejdere i forbindelse med afskedigelse er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlet til at opfylde det er hensigtsmæssigt og nødvendigt, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, selvom der skal ske en skærpet proportionalitetsvurdering via inddragelse af lovens tilpasningsforpligtelse i § 2 a. Den vurdering kan muligvis læses ud af nævnets begrundelse, idet nævnet lægger vægt på, at tilpasningen muligvis kunne have væ-

[39] Linda Rudolph Greisen nævner på s. 101 i Handicapbegrebet i EU-Domstolens praksis i tidsskriftet Juristen, nr. 3/2013, at initiativet til at gøre opmærksom på tilpasningsbehovet fortrinsvis ligger hos lønmodtageren, bortset fra helt åbenlyse tilfælde

[40] Organisationens størrelse er et af de hensyn, der navnlig bør lægges vægt på ved vurderingen ifølge betragtning nr. 21 til direktivet.

ret tilrettelagt anderledes, hvorved den ønskede fleksibilitet kunne være opnået.

Man bør dog erindre, at ifald arbejdsgiver indrømmes ret til at justere tilpasningsforanstaltningerne til de organisatoriske ændringer, vil det – i hvert fald for arbejdstidens vedkommende – alene kunne ske med medarbejders opsigelsesvarsel eller udtrykkelige samtykke, hvorfor byrden først vil være forholdsmæssig efter varslingsperiodens udløb.[41]

Der synes at mangle en udtrykkelig vurdering af, om medarbejder – efter arbejdsgivers iagttagelse af tilpasningsforpligtelsen – opfyldte kravet i betragtning 17 til direktivet om at være kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen i lyset af de organisatoriske ændringer hos indklagede. Nævnet nævner direktivets betragtning 17 i afgørelsen, men det havde været interessant at få nævnets bemærkninger til det samspil.

Tilpasningsforpligtelsen spiller en rolle i forhold til 120-dages reglen, da en manglende overholdelse af tilpasningsforpligtelsen gør 120-dages reglen uanvendelig på lønmodtager jf. præmis 68 i Ring og Skouboe Werge-sagerne, som gennemgås nedenfor.

6. Praksis om handicapbegrebet

Der er afsagt adskillige domme og nævnskendelser om handicapbegrebet, men særligt EU-Domstolens dom i Navas-sagen, og Ring og Skouboe Werge-sagen påkalder sig opmærksomhed. Disse vil derfor blive gjort til genstand for en nærmere analyse.

6.1. Navas-sagen

Sag C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA omhandlede, hvorvidt afskedigelse af en kvinde, som var syg, udgjorde diskrimination på grund af handicap.

Hun blev afskediget uden begrundelse fra arbejdsgiver efter 7 ½ måneders lægeordineret sygeorlov og anlagde herefter sag med påstand om genindsættelse i stillingen.[42]

Den forelæggende ret anførte i forelæggelsen, at hun skulle anses for afskediget på grund af hendes sygeorlov. Den forelæggende ret anførte ikke, hvilken sygdom hun led af.

Den forelæggende ret ønskede herefter følgende besvaret:

1. Er en arbejdstager, der er blevet afskediget af sin virksomhed alene på grund af sygdom, omfattet af direktivets beskyttelse?

og

[41] Funktionærret, 4. udg., side 237.

[42] Sag C-13/05, Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA, præmis 19.

2. Ifald sygdomstilfælde ikke er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling, kan sygdom være en personlig omstændighed, som sidestilles med de omstændigheder, som er omfattet af direktivets beskyttelse?[43]

EU-Domstolens store afdeling lagde til grund i sagen, at Navas ikke kunne genoptage arbejdet på kort sigt.[44]

Domstolen besvarer spørgsmål 1 ved indledningsvist at fastslå, at handicapbegrebet ikke er defineret i direktivet, og at direktivet ej heller henviser til medlemsstaternes ret.[45]

Domstolen udleder af formålet bag direktivet, nemlig bekæmpelsen af visse former for forskelsbehandling mht. beskæftigelse og erhverv, at handicapbegrebet omfatter »en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet.«[46]

Ved valg af udtrykket handicap, havde lovgiver valgt et udtryk, som adskilte sig fra begrebet »sygdom«, og derfor var en sidestilling af begreberne ifølge Domstolen udelukket.[47] En sygdom medfører dermed ikke automatisk et handicap, og Domstolen anfører, at der ikke er holdepunkt i direktivet for, at arbejdstager opnår beskyttelse, så snart de udvikler en form for sygdom.[48]

Domstolen fortsætter herefter med at fastslå, at lovgiver via tilpasningsforpligtelsen har haft situationer for øje, hvor arbejdstager er forhindret i at deltage i erhvervslivet i en lang periode, og derfor skal det være sandsynligt, at begrænsningen er af lang varighed.[49] Domstolen kommer ikke nærmere ind på længden af varigheden. Varighedskravet drøftes nærmer nedenfor.

På den baggrund fastslår Domstolen, at en person, der er afskediget alene på grund af sygdom, ikke omfattes af direktivets beskyttelse. Dernæst konkluderer Domstolen, at direktivet er til hinder for afskedigelse på grund af et handicap, hvis den med forbehold af tilpasningsforpligtelsen, ikke er berettiget i den omstændighed, at vedkommende ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i stillingen.[50]

[43] Navas, præmis 25.
[44] Navas, præmis 28.
[45] Navas, præmis 39.
[46] Navas, præmis 43.
[47] Navas, præmis 44.
[48] Navas, præmis 46.
[49] Navas præmis 45, som i øvrigt er ændret fra oprindelig at lyde: »For at være omfattet af begrebet 'handicap' skal begrænsningen **muligvis** være af lang varighed.« Den nuværende ordlyd bringer præmissen i overensstemmelse med de øvrige sproglige versioner.
[50] Navas, præmis 51, som derved henviser tilbage til direktivets præambel, betragtning 17.

Domstolen besvarer herefter kortfattet spørgsmål 2 ved at fastslå, at EF-Traktaten ikke indeholdt et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af sygdom i sig selv.

Navas-sagen dannede en række præjudikater i forhold til sondringen over for sygdom og selve handicapbegrebet. Efterfølgende har EU ratificeret Handicapkonventionen, hvorfor direktivet skal fortolkes i overensstemmelse hermed.

Det var baggrunden for Domstolens behandling af de efterfølgende præjudicielle forelæggelser og dommen af 11. april 2013 i de forenede danske sager C-335/11 og C-337/11, hvor også 120-dages reglen blev inddraget og vurderet.

6.2. Ring og Skouboe Werge sagerne

Sagerne vedrørte lønmodtagerne Ring og Skouboe Werge, som begge blev opsagt med henvisning til funktionærlovens § 5, stk. 2 dvs. 120-dages reglen. Ring led af konstante lændesmerter, og Skouboe Werge havde været udsat for en piskesmældsskade.

Fagforbundet HK førte sagerne på vegne af lønmodtagerne og gjorde gældende, at lønmodtagerne var handicappede, og arbejdsgiverne derfor var forpligtet til at tilbyde dem ansættelse på nedsat tid til opfyldelse af arbejdsgivernes tilpasningsforpligtelse efter direktivets artikel 5. De gjorde ydermere gældende, at 120-dages reglen ikke fandt anvendelse på lønmodtagerne, idet deres sygefravær var en følge af deres handicap.[51]

Sø- og Handelsretten, som var den forelæggende ret, henviste i forbindelse med forelæggelsen til, at den ovenfor nævnte præmis 45 i Navas-sagen lagde til grund, at det skal være sandsynligt, at begrænsningen i evnen til at deltage i arbejdslivet er af lang varighed, førend der er tale om et handicap.

Derfor ønskedes Sø- og Handelsretten følgende spørgsmål besvaret:

1. Om enhver person, som grundet fysiske, mentale eller psykiske skader ikke kan eller kun i begrænset omfang kan udføre sit arbejde i en periode, der opfylder varighedskravet, vil være omfattet af handicapbegrebet?
2. Kan en tilstand, der er forårsaget en lægeligt diagnosticeret uhelbredelig eller helbredelig sygdom, være omfattet af handicapbegrebet?
3. Er en varig funktionsnedsættelse, som alene består i, at vedkommende ikke kan arbejde på fuld tid, anses som omfattet af handicapbegrebet, og er en reduktion af arbejdstiden en foranstaltning, der kan afkræves efter art. 5 i direktivet?
4. Er direktivet til hinder for brug af 120-dages reglen, hvis den pågældende medarbejder må anses som handicappet i direktivets forstand, når fravæ-

[51] Ring og Skouboe Werge, præmis 23.

ret har baggrund i handicappet, eller hvis fraværet skyldes, at arbejdsgiver ikke har overholdt tilpasningsforpligtelsen?[52]

EU-domstolens store afdeling introducerer besvarelsen af **spørgsmål 1** og **2** ved at henvise til, at direktivet i videst mulig omfang bør fortolkes i overensstemmelse med Handicapkonventionen under henvisning til Unionens godkendelse af konventionen.[53]

Domstolen henviser herefter konventionens art. 1, stk. 2 og konstaterer, at funktionsnedsættelse skal være »langvarig«.[54] Det forekommer at være et fastere grundlag at fundere varighedskravet på, end Navas-dommens fortolkning af lovgivers hensigt bag tilpasningsforpligtelsen, som førte til et krav om lang varighed af begrænsningen i dommens præmis 45. Domstolen benytter derefter varighedskravet som en del af afgrænsningen over for sygdomsbegrebet, idet en sygdom, som ikke medfører langvarig begrænsning, ikke er omfattet af handicapbegrebet.[55]

Varighedskravet synes at være det mest operative kriterium i afgrænsningen af sygdomsbegrebet over for handicapbegrebet,[56] idet handicapbegrebet både rummer en delvis og/eller forbigående funktionsnedsættelse, som følge af en lægelig diagnosticeret sygdom. Desværre kommer Domstolen ikke nærmere ind på en tidsmæssig afgrænsning af varighedskravet. Karakteren af og behovet for eventuelle tilpasningsforanstaltninger er som nævnt irrelevant, hvilket Domstolen gentager i sagens præmis 45.

Domstolen konkluderer i præmis 47, at handicapbegrebet samlet set kan fortolkes således:

»det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.«

Spørgsmål 3 besvarer Domstolen efter en udvidet fortolkning af begrebet »arbejdsmønstre« i 20. betragtning til direktivet. 20. betragtning rummer en ikke-udtømmende opregning af mulige fysiske, organisatoriske og/eller uddannelsesmæssige hensigtsmæssige foranstaltninger, som arbejdsgiver under iagttagelse af rimelighedskrav er forpligtet til at iværksætte efter direkti-

[52] Ring og Skouboe Werge, præmis 26.
[53] Ring og Skouboe Werge, præmis 32.
[54] Ring og Skouboe Werge, præmis 39.
[55] Ring og Skouboe Werge, præmis 42.
[56] Se dog Retten i Svendborg dom af 26. maj 2008, hvori funktionsnedsættelsen betegnes som den afgørende forskel imellem sygdom og handicap. Dommen er beskrevet senere i nærværende artikel.

vets art. 5. Domstolen kommer således frem til, at en nedsættelse af arbejdstiden som foranstaltning er omfattet af art. 5, såfremt den

- muliggør arbejdstagers fortsatte udøvelse af sin beskæftigelse
- ikke udgør en uforholdsmæssig byrde for arbejdsgiver og
- ikke fører til fortsat ansættelse af en person, der ikke er kompetent, egnet eller disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen.[57]

Der er således i høj grad tale om en konkret vurdering af en række forhold i den enkelte sag. Derfor overlader Domstolen det til den nationale ret at vurdere, om en nedsættelse af arbejdstiden i de to forelagte sager udgjorde en uforholdsmæssig stor byrde.[58] Den nationale ret skal også inddrage, om medarbejderen – efter en hensigtsmæssig nedsættelse af arbejdstiden – fortsat måtte betragtes som tilstrækkelig disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i den hidtidige stilling, jf. betragtning 17 i direktivet.

Selvom rimelighedskravet i art. 5 i kan siges at dele optik med vurderingen efter betragtning 17, er der tale om to vurderinger. Muligvis er det isoleret set ikke en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren, at den ansattes arbejdstid nedsættes til 20 timer om ugen, men hvis det medfører, at den ansatte ikke kan udføre de væsentligste funktioner i stillingen, kan den fortsatte ansættelse ikke fordres. Vurderingen efter betragtning 17 i direktivet er således minimumsniveauet for den arbejdsydelse, som den ansatte skal kunne levere i stillingen efter tilpasningsforpligtelsen er opfyldt.[59]

I forhold til **spørgsmål 4** sidste led konstaterer Domstolen indledningsvis, at hvis arbejdsgiver har undladt at opfylde tilpasningsforpligtelsen, vil fraværet, som begrunder brug af 120-dages reglen, skulle tilskrives arbejdsgivers forsømmelse og ikke arbejdstagers handicap. Som følge deraf finder Domstolen, at direktivet er til hinder for 120-dages reglens anvendelse, når lønmodtagers sygefravær er en følge af arbejdsgivers manglende opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen. Domstolens afgørelse må umiddelbart forstås således, at det ikke behøver at være alt sygefravær, der begrunder brugen af 120-dages reglen dvs., hvor lønmodtager foruden handicapbetinget sygefravær også har sygefravær, der ikke kan tilskrives handicappet, som skal kunne henføres til den manglende tilpasning fra arbejdsgivers side. Domstolen overlader til Sø- og Handelsretten at vurdere, om lønmodtagerne Rings og Skouboe Werges fravær i sagerne kan tilskrives arbejdsgivernes eventuelle manglende overholdelse af tilpasningsforpligtelsen.

Første led af **spørgsmål 4** besvarer Domstolen med at gøre opmærksom på, at spørgsmålet sigter til tilfælde, hvor en handicappet person, som følge

[57] Ring og Skouboe Werge, præmisserne 56, 57 og 58.
[58] Ring og Skouboe Werge, præmis 59.
[59] Greisen, *Handicapbegrebet i EU-Domstolens praksis*, side 100.

af fravær på grund af sygdom, som helt eller delvist kan tilskrives vedkommendes handicap, rammes af 120-dages reglen.[60]

Det betyder i forhold til 120-dages reglen, at ikke alt sygefravær, der ligger til grund for brug af bestemmelsen, behøver at kunne tilskrives handicappet. Det forekommer at være en fornuftig antagelse, at der ikke er krav om, at alt sygefravær kan tilskrives 120-dages reglen, før beskyttelsen over for handicappede aktualiseres.

Domstolen konkluderer herefter, at 120-dages reglen behandler handicappede og ikke-handicappede lønmodtagere ens, og reglen er dermed ikke udtryk for forskelsbehandling på grund af handicap, dvs. direkte diskriminerende. Det konstateres ydermere, at direktivets ramme ikke beskytter opsigelser på grund af sygdom.[61]

Herefter kommer Domstolen til den lidt overraskende konklusion, at en handicappet arbejdstager er udsat for en højere risiko for, at 120-dages reglen anvendes end en ikke-handicappet arbejdstager. Domstolen henviser til punkt 67 i generaladvokatens forslag til afgørelse, hvor det anførtes, at en handicappet arbejdstager var udsat for en højere risiko for stort sygefravær, idet vedkommende både var i risiko for at blive syg af sygdomme, der havde sammenhæng med den pågældendes handicap og sygdomme, som ikke havde sammenhæng med den pågældendes handicap. Den konklusion virker ved første øjekast fornuftig, men den mangler inddragelse af 2 elementer.

1. Den handicappede medarbejder har krav på de omtalte tilpasningsforanstaltninger, som har til hensigt at fjerne beskæftigelsesmæssige barrierer, herunder nedbringe fraværet for den handicappede. Tilpasningsforanstaltninger, fx i form af nedsat tid, skulle dermed være med til at nedbringe den handicappedes sygefravær i et vist omfang. Hvorvidt en reel nedbringelse af sygefraværet er mulig via arbejdsgivers tilpasningsforanstaltninger, afhænger naturligvis af den handicappedes udfordringer og funktionsnedsættelse.

2. At antagelsen er yderst generel og ikke er korrekt for visse handicappedes vedkommende. Det er ikke givet, at alle lægeligt diagnosticeret langvarige eller kroniske funktionsnedsættelser, som ikke kan korrigeres via hjælpemidler, afføder sygefravær.

De nævnte 2 elementer betyder, at graden af 120-dages reglens indirekte diskrimination over for handicappede er meget svær at fastlægge overordnet set, idet den varierer individuelt. Hertil kommer, at Domstolen anser reglen for indirekte diskriminerende, selvom kun en del af sygefraværet kan til-

[60] Ring og Skouboe Werge, præmis 70.
[61] Ring og Skouboe Werge, præmis 73 og 74.

skrives handicappet. Den udefinerbare grad af indirekte diskrimination kan tillægges betydning, når Sø- og Handelsretten skal vurdere, om reglen ikke går længere over for handicappede, end hvad der er nødvendigt for at forfølge formålet, som beskrevet nedenfor.

Afslutningsvis undersøger Domstolen, om reglen er objektivt begrundet i et legitimt mål, om midlerne til at opfylde det pågældende mål er hensigtsmæssige og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det af den danske lovgiver forfulgte mål, jf. direktivets art. 2, stk. 2, litra b, nr. I.[62] I den forbindelse er det interessant, at den danske regering påpeger ovennævnte konsekvens ved bestemmelsen som værende bestemmelsens formål. 120-dages reglen skulle ifølge regeringen gøre det muligt for arbejdsgivere at ansætte og beholde arbejdstagere, som har særlig risiko for gentaget sygefravær, idet disse kan opsiges med forkortet varsel efterfølgende.

Derved var arbejdstagerne beskyttet mod opsigelse og kunne bevare deres job i sygeperioden, idet arbejdsgiverne ville være tilbøjelig til at afvente den mulige brug af 120-dages reglen, i stedet for at skride til en tidlig opsigelse[63]. Det skulle ifølge regeringen tilgodese både arbejdstagers og arbejdsgivers interesse, hvilket er i overensstemmelse med den fleksible regulering af det danske arbejdsmarked.[64]

Regeringens oplysninger i sagen er ikke i tråd med nærværende artikels belysning af lovgivers oprindelige formål med bestemmelsen, som hovedsageligt var en afvejning af arbejdsgivers byrde ved sygefravær over for den ansattes ret til et opsigelsesvarsel. I stedet baseres regeringens indlæg hovedsagligt på en påstået konsekvens af 120-dages reglen.

Domstolen finder på den baggrund, at 120-dages reglen er objektivt begrundet i et legitimt formål.[65]

I forhold til bestemmelsens hensigtsmæssighed, nødvendighed og proportionalitet henviser Domstolen igen til den vide skønsmargin for medlemsstaternes valg af foranstaltning, hvorefter reglen må anses som hensigtsmæssig. Derefter overlader Domstolen det til Sø- og Handelsretten at vurdere reglens skadevirkning over for handicappede og om reglens afvejning imellem arbejdstagers og arbejdsgivers interesser har overset forhold, der særligt vedrører handicappede arbejdstagere. I den forbindelse erindrer Domstolen om, at handicappede oplever større vanskeligheder ved en tilbagevenden til arbejdsmarkedet, hvilket leder Greisen hen på tanker om positiv særbehand-

[62] Ring og Skouboe Werge, præmis 77.

[63] Ring og Skouboe Werge, præmis 80, som henviser til arbejdsgivernes indlæg til den præjudicielle forelæggelse.

[64] Ring og Skouboe Werge, præmis 78 og 79.

[65] Ring og Skouboe Werge, præmis 83.

ling.[66] Domstolens opfordring synes at tage udgangspunkt i, at 120-dages reglen kan gøre det vanskeligt for handicappede arbejdstagere at vende tilbage til arbejdsmarkedet, idet de via reglen risikerer en afskedigelse med forkortet varsel. Reglen har – sammen med de offentlige støtteordninger og sygedagpengerefusionen[67] – som konsekvens, at den minimerer arbejdsgivers økonomiske risiko ved sygefravær.

En arbejdsgiver vil derfor – alt andet lige – være mere motiveret for at ansætte en handicappet lønmodtager og løbe risikoen for sygefravær hos vedkommende, når 120-dages reglen er aftalt, end hvis arbejdsgiver var tvunget til at bruge funktionærlovens almindelig opsigelsesvarsel og dermed risikerer yderligere 2-5 måneders betaling af differencen fra sygedagpenge til den faktiske løn i opsigelsesperioden, hvis sygefraværet fortsætter i opsigelsesperioden.

Der er tale om en endelig stillingtagen til reglens fremtidige anvendelsesmuligheder over for handicappede. Sø- og Handelsretten har i skrivende stund ikke truffet afgørelse i sagen, og en anke til Højesteret er i øvrigt ikke utænkelig sagens mulige præjudikat taget i betragtning.

7. Fremtiden for 120-dages reglen

Fremtiden for anvendelse af 120-dages reglen tegner sig meget usikkert efter min opfattelse.

Første forhindring på vejen er Sø- og Handelsrettens dom i Ring og Skouboe Werge sagerne, som foreligger efter sagernes hovedforhandling den 5-6. november 2013.[68]

7.1. Udfaldet af Ring og Skouboe Werge sagerne

EU-Domstolen har overladt det til Sø- og Handelsretten at vurdere, om reglen går ud over, hvad der er nødvendigt ved forfølgelsen af reglens formål dvs. en proportionalitetsvurdering, som særligt skal møntes på handicappede lønmodtagere.

Resultatet er efter min opfattelse ikke oplagt. Retten kan vælge det standpunkt, at reduktionen af opsigelsesvarslet – selv for handicappede funktionærer med lang anciennitet – opvejes til fulde af det øgede incitament til at ansætte handicappede med risiko for sygefravær, som 120-dages reglens formål/konsekvens siges at medføre.

Det er i den forbindelse interessant, at arbejdsgiverne i deres indlæg til Domstolen fremhæver, at den danske lovgivning om sygedagpenge sikrer

[66] Ring og Skouboe Werge, præmis 89, 90 og 91 og Greisen, Handicapbegrebet i EU-Domstolens praksis, side 101.

[67] Reglerne omkring sygedagpengerefusion berøres yderligere nedenfor.

[68] Greisen, Handicapbegrebet i EU-Domstolens praksis, side 102. Forhandlingstidspunktet blev flyttet efter tidsskriftets deadline.

arbejdsgiveren ret til refusion af sygedagpenge fra lønmodtagerens bopælskommune, men at denne ret er begrænset til 52 uger, og at sygedagpengesatsen i langt de fleste tilfælde er lavere en den faktiske løn. 120-dages reglen skulle ifølge arbejdsgiverne i sagen derfor sikre en rimelig afvejning mellem parternes modsatrettede interesse for så vidt angår sygefravær.

Det er korrekt, at 120-dages reglen via en reduktion af opsigelsesvarslet begrænser arbejdsgiverens forpligtelse til betaling af forskellen imellem sygedagpenge og den faktiske løn, som kan være anseelig, afhængig af den ansattes stilling. Men ved 120-dages reglens vedtagelse i 1938 eksisterede der ikke en sygedagpengeordning, som vi kender den i dag og derfor ingen refusion heraf til arbejdsgiverne, som måtte bære hele udgiften til sygeløn.[69]

Det forhold kan være en medvirkende årsag til indførelsen af 120-dages reglen, idet arbejdsgivers udgift ved den ansattes sygefravær – alt andet lige – var væsentligt højere ved reglens vedtagelse.

Arbejdsgivernes adgang til refusion af ansattes sygedagpenge blev først indført i 1972 ved lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel.[70] Baggrunden for refusionsadgangen var ifølge betænkningen bag lovforslaget[71] ønsket om at øge den ansattes sikkerhed mod at blive afskediget på grund af sygdom.[72]

Selvom sygedagpengeperioden pt. kun er 52 uger, dog med ekstraordinær mulighed for forlængelse med yderligere 104 uger,[73] løber arbejdsgiverne en langt mindre økonomisk risiko ved den ansattes sygefravær, end de gjorde ved reglens vedtagelse i 1938. Hvis et af formålene bag 120-dages reglen var en minimering af arbejdsgivers økonomiske risiko ved lønmodtagerens sygefravær, er det ikke længere aktuelt i samme grad, da sygedagpengerefusionsadgangen opfylder formålet langt mere målrettet. 120-dages reglen omhandler jo ikke arbejdsgivers økonomiske byrde ved de 120 sygedage, som fører til den mulige brug af reglen – det gør sygedagpengerefusionen. Netop sygedagpengerefusionen har frembudt en væsentlig mere målrettet minimering af arbejdsgivers økonomiske risiko ved sygefravær end 120-dages reglens effekt, og efter min opfattelse taler meget for, at retten ud fra den betragtning bør komme frem til, at 120-dages reglen som middel går ud over, hvad der er nødvendigt i afvejningen mellem arbejdsgiver og den handicappedes interesser i forhold til sygefravær.

[69] Retten til sygedagpenge blev indført med den obligatoriske dagpengeordning i lov af 10. juni 1960 om den offentlige sygeforsikring, som indeholdt en generel varighedsbegrænsning på 26 uger inden for 12 måneder. Denne begrænsning blev løsnet i 1969 (52 uger inden for 24 måneder), afskaffet i 1973 med dagpengereformen (der udmøntede en egentlig sygedagpengelov), genindført i 1982 (91 uger inden for 36 måneder) og strammet til den nuværende begrænsning i 1989 (52 uger inden for 18 måneder).

[70] § 27 i lov nr. 272 af 7. juni 1972 om dagpenge ved sygdom eller fødsel.

[71] Socialreformkommissionens 1. betænkning nr. 543 af 1969.

[72] Betænkning nr. 543, side 239.

[73] Lovbekendtgørelse nr. 871. af 28. juni 2013, § 24 jf. § 27.

Retten kan således komme frem til, at begrænsningen af arbejdsgivers økonomiske byrde i form af den – i mange tilfælde – relativt lille difference imellem sygedagpenge og den faktiske løn i opsigelsesperioden, ikke længere kan bære en så indgribende foranstaltning, som at reducere mangeårigt funktionæransattes opsigelsesvarsel fra 6 måneder til 1 måned. Det kan også ses i lyset af reglens afskaffelse i de offentlige overenskomster og de øvrige redskaber til begrænsning af arbejdsgivers økonomiske risiko ved sygefravær, som fx § 56[74] aftaler og fleksjob mv.

Uanset rettens konklusion kan det allerede nu konkluderes, at hvis arbejdsgiveren har forsømt tilpasningsforpligtelsen over for den handicappede lønmodtager, er 120-dages reglen ifølge EU-Domstolen uanvendelig. Der er således en standpunktsrisiko forbundet med opsigelse efter 120-dages reglen, hvis en medarbejder rejser tvivl om arbejdsgiverens overholdelse af forpligtelsen. Da nedsat tid er godkendt som rimelig tilpasningsforanstaltning, må det betyde, at arbejdsgiver – medmindre den efterspurgte nedsatte arbejdstid er urimelig byrdefuld for arbejdsgiveren – er forpligtet til at acceptere enhver anmodning fra arbejdstageren om nedsat arbejdstid, hvis arbejdsgiveren ønsker at sikre sig mulighed for senere at anvende 120-dages reglen ved fortsat sygefravær.

Dermed er objektiviteten i brugen af 120-dages reglen mindsket betydeligt, idet arbejdsgiver har bevisbyrden for, at forpligtelsen er overholdt. Dog må det fortsat være sådan, at såfremt tilpasningsforpligtelsen er overholdt, kan 120-dages reglen anvendes på objektiv vis uden krav om berettigelse efter direktivet betragtning 17.

7.1.1. Retten godkender 120-dages reglen

Hvis retten i Ring og Skouboe Werge sagerne godkender 120-dages reglen, kan den således anvendes på objektiv vis over for handicappede, hvis tilpasningsforpligtelsen er overholdt.

7.1.2. Retten godkender ikke 120-dages reglen

Hvis retten *ikke* godkender 120-dages reglen, kan reglen *ikke* anvendes over for handicappede. Dertil kommer, at det miljøbestemte handicapbegreb er meget bredt defineret, og arbejdsgiver efter helbredsoplysningsloven har meget begrænsede muligheder for at få afklaret, om lønmodtagers fravær skyldes et handicap. Desuden må det formodes, at et sygefravær på 120 da-

[74] En såkaldt § 56 aftale efter sygedagpengelovens § 56 er en aftale imellem lønmodtager og arbejdsgiver, som godkendes af opholdskommunen, hvorefter arbejdsgiver får ret til refusion af sygedagpenge fra lønmodtagers 1. fraværsdag. Uden en aftale skal arbejdsgiver vente til lønmodtagers 30. sygedag, (den såkaldte arbejdsgiverperiode) før der kan ske refusion af sygedagpenge.

ge på et år i de fleste tilfælde vil kunne tilskrives en langvarig skade eller sygdom med en afledt midlertidig eller permanent funktionsnedsættelse.

Varighedskravet er ikke endeligt afgrænset i praksis, og et sygefravær på 120 dage vil i de fleste tilfælde have en længerevarende funktionsnedsættelse som baggrund. Ligebehandlingsnævnet kommer i en afgørelse refereret nedenfor frem til, at lønmodtagerens stressbetingede sygefravær på 107 dage ikke var langvarigt, hvilket dog synes tvivlsomt.

Sammenlagt ville de nævnte faktorer betyde, at langt de færreste arbejdsgivere vil turde løbe risikoen og anvende 120-dages reglen, idet det fordrer vished om, at der ikke er tale om sygefravær, der helt eller delvist skyldes handicap, og det kan kun vanskeligt gives på forhånd. Det vil så i sidste ende betyde reglens endeligt, kunne man forestille sig.

8. Fremtiden for handicapbegrebet

I kraft af handicapbegrebets dynamiske natur vil det følge samfundsudviklingen, og forbundene vil forsøge at afdække og formentlig udvide begrebet.

8.1. Overvægt som handicap

I fremtiden vil det vise sig, om overvægt kan rubriceres som »handicap« efter det miljøbestemte handicapbegreb. Overvægt er temaet for retten i Koldings præjudicielle forelæggelse i sagen BS 2-1042/2011, hvor EU-Domstolen skal tage stilling til, om Billund kommunes opsigelse af en dagplejer grundet faldende børnetal, hvor valget faldt på dagplejeren grundet hans fysiske formåen dvs. overvægt, er udtryk for diskrimination grundet handicap og dermed, om handicapbeskyttelsen kan udstrækkes til overvægt. Hvorvidt overvægten er selvpådraget er irrelevant, idet opmærksomheden henledes på, at årsagen til handicappet er uden betydning for beskyttelsen.

8.2. Stress som handicap

Stress er en anden stor samfundsudfordring og kan efter undertegnedes opfattelse rubriceres som handicap, da stress medfører en funktionsnedsættelse i form af reduceret arbejdskapacitet, som kan være langvarig og kan afføde fravær grundet de psykiske følger.

Spørgsmålet forelå i Ligebehandlingsnævnets sag nr. 427/2012, hvor nævnets afgørelse i sagen blev truffet den 28. november 2012, dvs. inden dommen i Ring og Skouboe Werge sagerne.

Sagen vedrørte et universitets opsigelse af en servicemedarbejder grundet for højt sygefravær. Indstillingen til hendes afskedigelse var begrundet i, at hun havde haft 107 sygedage fra 6. januar 2010 til 4. juli 2011, og at hun den 5. juli 2011 sygemeldte sig for en periode på yderligere 14 dage.

Sygefraværet skyldtes stress. Klager gjorde i sagen gældende, at universitetet *ikke* havde opfyldt tilpasningsforpligtelsen, da hendes ønske om yderli-

gere nedsat tid *ikke* blev efterkommet i fuld udstrækning. Universitetet gjorde gældende, at de havde fulgt de interne retningslinjer for medarbejderes sygefravær, idet de havde udarbejdet en konkret plan for, hvordan medarbejderen hurtigst muligt kunne vende helt eller delvist tilbage.

Nævnet kom i afgørelsen frem til følgende antagelse omkring stress i forhold til handicapbegrebet:

»Stress må som udgangspunkt betragtes som symptomer på en belastning. Stress kan give sig udtryk i både fysiske og psykiske symptomer. Ligebehandlingsnævnet finder ikke, at der på tidspunktet for klagers opsigelse er dokumenteret en funktionsnedsættelse af en sådan varighed og omfang, at det kan betragtes som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.«

Nævnet gav derfor ikke klager medhold. Spørgsmålet om tilpasningsforpligtelse er ikke berørt i nævnets afgørelse.

Afgørelsen illustrerer udfordringen ved afgrænsning af begrebet sygdom over for stress. Ved første led af begrundelsen synes nævnet at lægge til grund, at stress ikke er en sygdom, men en belastningstilstand. I andet led af begrundelsen lægger de i stedet vægt på funktionsnedsættelse, idet nævnet hverken finder varigheden eller omfanget tilstrækkeligt til at kvalificere det som et handicap.

Nævnet lægger dermed til grund, at der gælder en minimumsgrænse for, at funktionsnedsættelsen og varigheden heraf kan kvalificere til at blive et handicap. Det kan man kun være enig i, men at et sygefravær på 107 dage ikke er over minimumsgrænsen synes vidtstrakt.

Desværre rummer nævnets afgørelse ikke en nærmere stillingtagen til stress som handicap, og en afklaring afventer således retspraksis.

8.3. Behov for afgrænsning

Der kan naturligvis være reelle og samfundsmæssige relevante grunde til at begrænse handicapdefinitionen, så beskyttelseshensynet ikke udvandes ved, at alle kan fordre beskyttelse under begrebet.

Sidstnævnte betragtning, frem for en ordlyds- eller formålsfortolkning af handicapgrebet, synes at være – i hvert fald delvist – begrundelsen for Retten i Svendborgs afgørelse af 26. maj 2008. I sagen blev en IT-medarbejder i en nøgleposition, som led af kronisk hovedpine, afskediget grundet sygefravær. Der anlagde retten det synspunkt, at handicapbegrebet ikke kunne udvides til at omfattes enhver kronisk lidelse, da det var for vidtgående en fortolkning – uden nærmere begrundelse herfor. Ydermere henviste retten til, at en beskyttelse under handicapbegrebet fordrede en funktionsnedsættelse. Lønmodtager i sagen havde ifølge retten ikke en funktionsnedsættelse på arbejdet – blot et højere fravær end de andre ansatte.

I lyset af den seneste anvendelse af det brede miljøbestemte handicapbegreb synes dommen at være forkert, selvom ønsket om at afgrænse begrebet forekommer fornuftigt.

Som nævnt blev handicapbegrebet redefineret i Ring og Skouboe Werge sagerne, hvorefter begrebet fokuserer på, at sygdommens begrænsende karakter, fx i form af øget sygefravær, kan hindre arbejdstager i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med de andre, når begrænsningen er af langvarig karakter. Hvis der ikke foreligger en begrænsning eller begrænsningen blot er kortvarig, forligger der ikke et handicap.

Dommen blev ikke anket, formentlig fordi medarbejder fik tilkendt godtgørelse for usaglig afskedigelse efter funktionærlovens § 2 b svarende til 3 måneders løn, og der kan ikke opnås dobbelt kompensation dvs. både godtgørelse for usaglig afskedigelse og godtgørelse for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven for samme afskedigelse, da beskyttelseshensynet bag bestemmelserne overlapper hinanden.

Er der plads til stramninger af udvisningsreglerne?

af

Peter Starup

1. Emnet

Fra 2001-2011 gennemførtes under den tidligere VK-regering en lang række stramninger af udlændingeloven (herefter »udl.«).[1] I 2012 blev der under den nuværende SSFR-regering lempet på flere af disse stramninger, således at retstilstanden groft sagt er rullet tilbage til 2010. For tiden (efteråret 2013) argumenterer oppositionspartierne i forskellig udstrækning for nye stramninger på udlændingeområdet. Synspunkterne går fra, at blot de sidste par års lempelser bør afskaffes, således at retstilstanden under VK-regeringen retableres (et synspunkt, som senest det Konservative Folkeparti har argumenteret for), til, at der bør indføres stramninger, som endda går videre end 2010-retstilstanden (et synspunkt, som Dansk Folkeparti til enhver tid kan tilslutte sig).

Det er karakteristisk for flere af de udlændingeretlige stramninger, som blev vedtaget under den tidligere VK-regering, at de var af ren symbolpolitisk karakter. Dermed forstår jeg lovændringer, der oversælges som markante stramninger, men reelt ikke fører nyt med sig.[2] På udlændingerettens område opstår spørgsmålet navnligt på områder, hvor lovgivningen har beskåret retten til opholdstilladelse helt til den ydre grænse for Danmarks internationale forpligtelser. Når man så fra politisk hold kræver yderligere stramninger, er det vanskeligt ikke at få det indtryk, at man forsøger at score billige point ved at slå plat på den almindelige befolknings uvidenhed.[3]

Der er derfor grund til at overveje, om det, på en række udlændingeretlige områder, overhovedet giver mening at argumentere for (yderligere) stram-

[1] Justitsministeriets lovbekendtgørelse nr. 863 af 25. juni 2013.

[2] Det skal understreges, at denne artikels formål ikke er at kritisere den tidligere regering for generelt at have ført symbolpolitik. I øvrigt kan flere af de »lempelser«, den nuværende SSFR-regering har stået i spidsen for på udlændingeområdet, også siges at bestå af en god portion varm luft.

[3] Om symbol- og signalpolitik, se Thomas Elholm. »Symbol- og signallovgivning i kriminalpolitisk perspektiv«, i Hans Viggo Godsk Pedersen (red.), *Juridiske emner ved Syddansk Universitet* (2001), s. 30-43.

ninger. Der findes utvivlsomt områder, hvor det giver mening at argumentere for, at stramninger ikke blot er af ren symbolpolitisk karakter (f.eks. genindførelse af starthjælp og af pointsystemerne for ægtefællesammenføring og tidsubegrænset opholdstilladelse, der blev erstattet af mere lempelige regler af den nuværende SSFR-regering). Omvendt findes der flere områder, hvor udlændingeretlige stramninger forekommer meningsløse, eller hvor konsekvenserne af tidligere indførte stramninger bliver stærkt fordrejede i den politiske debat.[4]

I det følgende vil jeg begrænse mig til at undersøge, om der er plads til stramninger af udvisningsreglerne inden for rammerne af Danmarks EMRK art. 8-forpligtelser. Undersøgelsen begrænser sig til de tilfælde, hvor domstolene efter udl. § 49, i forbindelse med en straffesag, tager stilling til udvisning i medfør af udl. §§ 22-24.[5] Dermed kommer jeg ikke ind på reglerne om administrativ udvisning efter udl. § 25 (statens sikkerhed m.v.) eller §§ 25 a-25 b (ordensmæssige hensyn og ulovligt ophold).[6]

Domstolene træffer ikke kun afgørelse om udvisning efter udl. § 49. Efter § 50 tager domstolene stilling til *ophævelse* af en tidligere idømt udvisning, når en udlænding gør gældende, at der er indtrådt væsentlige ændringer i den pågældendes forhold siden den oprindelige udvisningsdom. Der er tale

[4] Som eksempel herpå kan nævnes asylområdet. Den 18. september 2013 ændrede Flygtningenævnet praksis som følge af den forværrede situation i Syrien. Personer, der kommer fra områder i Syrien, hvor der er væbnede kampe eller sker angreb mod civile, eller hvor der for nylig har fundet sådanne handlinger sted, antages nu automatisk at risikere EMRK art. 3-overgreb ved en tilbagevenden. Når man fra politisk hold hævder, at Flygtningenævnets praksisændring er i strid med forudsætningerne i lov nr. 365 af 6. juni 2002, er det i og for sig rigtigt, for så vidt som der til denne lovs afskaffelse af de facto-begrebet var knyttet en udtrykkelig tilkendegivelse fra lovgiver om ikke at give opholdstilladelse til »krigsflygtninge« (dvs. asylansøgere der ikke er individuelt forfulgt, men blot flygter fra helt kaotiske forhold), men samtidig overser man tilsyneladende, at lovgiver ved samme lejlighed ikke forsømte at understrege, at menneskerettighederne forventes overholdt, jf. lovforslag nr. L 152 af 28. februar 2002, s. 13-14. Med EMD's dom af 28. juni 2011 i *Sufi og Elmi mod UK* bristede forudsætningen om, at det er muligt at afskære krigsflygtninge fra asyl uden at begå konventionsbrud. Som det vil fremgå af det følgende, er udvisningsområdet på tilsvarende vis præget af uforenelige politiske aspirationer.

[5] Domstolene tager efter udl. § 49 også stilling til, om udlændinge, der har opholdstilladelse efter udl. § 9 f (religiøse forkyndere m.v.), kan udvises i medfør af udl. § 25 c, der opremser en række straffelovsovertrædelser, som kan medføre udvisning blot ved idømmelse af en bødestraf. Udvisning af religiøse forkyndere m.v. vil ikke blive omtalt nærmere.

[6] De særlige regler for udvisning af udlændinge, der er omfattet af EU-retten, rejser også spørgsmål om Danmarks internationale forpligtelser, men vil ikke blive omtalt nærmere. En række af de problemstillinger, der behandles i det følgende, er ud fra en EU-retlig synsvinkel behandlet af Jens Vedsted-Hansen, »Med sikkerhed i strid med internationale forpligtelser« i Nina Dietz Legind, m.fl. (red.), *Festskrift til Nis Jul Clausen* (2013), s. 423-438.

om en ny proportionalitetsvurdering, som bygger på forholdene på det tidspunkt, hvor det kommer på tale at effektuere udvisningen (typisk i forbindelse med en prøveløsladelse), hvormed EMRK art. 8 spiller nøjagtig samme rolle i § 49 og § 50-sager.[7] Denne artikels overvejelser om muligheden for stramninger af udvisningsreglerne inden for rammerne af EMRK art. 8 har derfor betydning i begge sagstyper.

I det følgende undersøges i afsnit 2 konsekvenserne af de legislative tiltag, der kan tænkes iværksat til stramning af de gældende udvisningsregler. Afsnit 3 indeholder en konklusion.

2. Mulige legislative tiltag til stramning af udvisningsreglerne

2.1. Stramning af »trappestigemodellen«

Ifølge udl. §§ 22-24 bygger udvisningshjemlen ved kriminalitet som hovedregel på en sammenhæng mellem længden af udlændingens lovlige ophold og den konkret idømte straf. Hjemlen bliver trinvist reduceret i takt med udlændingens ophold i Danmark, hvilket har givet anledning til betegnelsen »trappestigemodellen«. Skematisk ser sammenhængen således ud:

Længden af udlændingens lovlige ophold	**Længden af den idømte straf for et enkelt strafbart forhold**	**Længden af den idømte straf for flere strafbare forhold**	**Længden af den idømte straf, når udlændingen tidligere her i landet er idømt ubetinget fængselsstraf**
9 år (visse flygtninge 8 år)	Ubetinget straf af mindst 3 års fængsel (§ 22, nr. 1)	Ubetinget straf af mindst 1 års fængsel (§ 22, nr. 2)	Ubetinget straf af mindst 1 års fængsel (§ 22, nr. 3)
5-9 år (visse flygtninge 5-8 år)	Ubetinget straf af mindst 1 års fængsel (§ 23, nr. 2)	Ubetinget straf af mindst 6 måneders fængsel (§ 22, nr. 3)	Ubetinget straf af mindst 6 måneders fængsel (§ 22, nr. 4)
Under 5 år	Betinget eller ubetinget straf (§ 24, nr. 2)		

Eftersom der kun er hjemmel til at udvise, når en udlænding – alt afhængig af længden af den pågældendes lovlige ophold – idømmes en straf af en bestemt længde, udgør trappestigemodellen et værn mod udvisning. Det er derfor også oplagt, at yderligere begrænsning – eller evt. fuldstændig afskaffelse – af dette værn vil medføre en stramning af udvisningsreglerne. Der er dog to grunde til, at en sådan stramning kun vil have en ganske begrænset effekt:

[7] Jf. nærmere herom Peter Starup, *Grundlæggende udlændingeret*, 1. udg. (2012), s. 454-455.

For det første spiller længden af en udlændings lovlige ophold under alle omstændigheder en vigtig rolle i relation til den proportionalitetsvurdering, der i henhold til EMRK art. 8 skal foretages i udvisningssager, uanset om det eksplicitte udvisningsværn i trappestigemodellen findes eller ej.[8]

For det andet er trappestigemodellen gennem årene blevet nedbrudt, idet der i udl. § 22, nr. 4-8 løbende er blevet indsat henvisninger til bestemte kriminalitetsformer, der hjemler en udvidet adgang til udvisning (bl.a. narkotika-, volds- og berigelseskriminalitet).[9] Når en udlænding idømmes ubetinget frihedsstraf for overtrædelse af en af disse kriminalitetsformer, er der hjemmel til at udvise, uanset længden af den pågældendes lovlige ophold i Danmark og uanset straffens længde. Denne udvikling har dermed brudt med princippet i trappestigemodellen, hvorefter en udlændings beskyttelse mod udvisning som nævnt styrkes, jo længere den pågældendes lovlige ophold her i landet har varet. Da de kriminalitetsformer, der er omfattet af udl. § 22, nr. 4-8, efterhånden omfatter langt hovedparten af de alvorlige kriminalitetsformer, og da trappestigemodellen dermed efterhånden i vid udstrækning allerede er blevet nedbrudt, vil det selvsagt have begrænset betydning at stramme gennem yderligere nedbrydning.

2.2. Stramning i form af politisk rygdækning til krænkelser af EMRK art. 8 i udvisningssager

2.2.1. Domstolene gøres ansvarlige for overholdelsen af Danmarks internationale forpligtelser i udvisningssager

Det tilbageværende udvisningsværn i trappestigemodellen adskiller sig markant fra værnet i den oprindelige trappestigemodel tilbage fra udlændingeloven af 1983. Den oprindelige trappestigemodel stillede dels større krav til længden af den idømte straf, i forhold til længden af udlændingens lovlige ophold, og indeholdt dels konkrete afvejningsmomenter, såsom kriminalitetens art og grovhed samt gentagelsesrisikoen.[10] Mens der således i begyndelsen fra lovgivningsmagtens side, i en vis udstrækning, var opstillet lovbestemte regler til opfyldelse af Danmarks internationale forpligtelser, har der efterfølgende fundet en udvikling sted, som i stadigt stigende grad har overladt denne opgave til domstolene. Dette har været mest udtalt i de sager, hvor domstolene skal tage stilling til udvisning i forbindelse med de kriminalitetsformer, der hjemler en udvidet adgang til udvisning, jf. ovenfor om udl. § 22, nr. 4-8. På dette område er domstolene, pga. lovgivningsmagtens tvetydige signaler, blevet sat i et dilemma: På den ene side er domsto-

[8] Jf. nærmere herom Starup, *op.cit.*, s. 428.

[9] For en oversigt over de kriminalitetsformer, der er oplistet i udl. § 22, nr. 4-8, se Starup, *op.cit.*, s. 424-426.

[10] Om den oprindelige trappestigemodel, se Langlouis & Tornøe, *Udlændingeloven med kommentarer*, 2. udg. (1993), s. 192ff.

lene blevet bedt om i videst muligt omfang at udvise, endog nærmest pr. automatik i visse sagstyper. På den anden side er domstolene blevet bedt om at sikre overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser, hvilket i mange tilfælde har vist sig uforeneligt med målsætningen om udvisning pr. automatik.

Udviklingen tog sin begyndelse helt tilbage under Nyrup-regeringen: I 1996 blev der i pressen ført hetz mod afrikanske pushere, der blev fotograferet, mens de var i gang med at deale. De kom på forsiden af Ekstra Bladet, hvori det kunne berettes, at lovgivningen stiller sig i vejen for udvisning. Handling måtte til, og ved lov nr. 1052 af 11. december 1996 (»pusherloven«) indsattes to bestemmelser med henblik på, at udenlandske småpushere ikke længere skulle kunne slippe under radaren: Dels udl. § 22, nr. 4, der hjemler udvisning af udlændinge, der idømmes ubetinget frihedsstraf for overtrædelse af narkotikalovgivningen, uanset hvor længe de har opholdt sig i Danmark,[11] dels udl. § 26, stk. 2, der i sin dagældende affattelse lød således: »En udlænding kan udvises efter § 22, nr. 4, medmindre de i [§ 26] stk. 1 nævnte forhold taler afgørende derimod«. Ifølge forarbejderne var formålet at markere, at undladelse af udvisning i de i § 22, nr. 4 omhandlede tilfælde kun »undtagelsesvis« kan finde sted, fordi narkotikaforbrydelser må anses for at være af en sådan grov og samfundsfarlig karakter, at § 26-hensynene kun undtagelsesvis skal tillægges afgørende betydning ved en afgørelse om udvisning.[12]

I kølvandet på udl. §§ 22, nr. 4, og 26, stk. 2, blev domstolene konfronteret med et større antal udvisningssager, hvor det kom på tale at udvise småpushere. By- og landsretterne tog i begyndelsen markeringen om kun undtagelsesvis at udvise småpushere meget bogstaveligt, mens de humanitære hensyn i § 26 blev betydeligt nedvægtet. Da sagerne nåede Højesteret, blev kursen lagt af de underordnede domstolsinstanser justeret markant.[13] Den første sag var *U.1999.271H*, der omhandlede en 23-årig tyrkisk narkoman og småpusher, der kom til Danmark som 5-årig og havde forældre og søskende i Danmark. Han blev idømt 14 dages hæfte for salg af 0,11 g heroin. På trods af den beskedne straf var der, uanset hans lange ophold i Danmark, hjemmel til udvisning efter udl. § 22, nr. 4, og spørgsmålet var herefter, om de humanitære hensyn i udl. § 26, stk. 1, talte »afgørende« imod udvisning, jf. § 26, stk. 2, i sin dagældende affattelse. En enig Højesteret (syv domme-

[11] Når kriminelle småpushere tidligere ikke blev udvist, var det ofte fordi de blev reddet af den oprindelige trappestigemodels lempelige regler. Eksempelvis kunne flygtninge, uanset hvor længe de havde boet i Danmark, kun udvises, hvis de havde begået »grov kriminalitet«, jf. nærmere herom Langlouis & Tornøe, *op.cit.*, s. 196-198.

[12] Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 2, i lovforslag nr. L 24 af 3. oktober 1996.

[13] Jf. også Jens Vedsted-Hansen, »Udvisning af udlændinge«, i Ida Elisabeth Koch m.fl., *Magtudredningen* (2004), s. 162.

re) fastslog, i modsætning til både byretten og Østre Landsret (dissens), at på baggrund af den pågældendes tilknytning til Danmark var den begåede kriminalitet ikke af en sådan grovhed, at udvisning kunne anses for nødvendiggjort af samfundsmæssige hensyn, jf. EMRK art. 8. I efterfølgende retspraksis fastslog Højesteret de mere generelle retningslinjer, *at* udl. § 26, stk. 2 må forstås i overensstemmelse med det krav om proportionalitet, som efter EMD-praksis følger af EMRK art. 8, *at* udtalelsen i forarbejderne om, at udvisning, i de i § 22, nr. 4 omhandlede tilfælde kun undtagelsesvis kan finde sted, ikke kan tillægges selvstændig betydning, og *at* proportionalitetskravet ved ringe tilknytning til hjemlandet og stærk tilknytning til Danmark indebærer, at udvisning kun kommer på tale, hvis kriminaliteten er af en særlig grovhed, og hvis den pågældende idømmes en langvarig fængselsstraf eller flere fængselsstraffe af betydelig længde.[14] Højesteret havde dermed i vid udstrækning retableret den oprindelige trappestigemodels proportionalitetsprincip.[15]

2.2.2. Påstået stramning af udvisningsreglerne ved lov nr. 758 af 29. juni 2011

Den efterfølgende successive indsættelse af bestemmelserne i udl. § 22, nr. 5-8, medførte, at domstolene, i forhold til et stadig stigende antal kriminalitetsformer – bortset fra de meget generelt formulerede kriterier i udl. § 26, stk. 1 – ikke længere kunne støtte sig til mere detaljerede, lovfastsatte regler.[16] Uden at der havde været fremført nogen systematisk kritik af domstolenes varetagelse af hvervet som menneskerettighedsgarant på udvisningsområdet, fremsatte daværende integrationsminister, Søren Pind, den 30. maj 2011 lovforslag nr. L 210 om skærpede udvisningsregler. Det dilemma, domstolene var blevet sat i, mellem lovgivningsmagtens forventning om nærmest at udvise pr. automatik, når der var tale om straf for de i § 22, nr.

[14] Jf. U.1999.1390H og U.1999.1304H.

[15] Det kan diskuteres, hvordan man mest rammende kan karakterise Højesterets ageren i det dilemma, lovgivningsmagten havde sat den i. Da der i forarbejderne til udl. § 26, stk. 2, var blevet tilkendegivet en klar forudsætning om overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser, navnlig EMRK art. 8, er det, som nævnt af Jens Vedsted-Hansen, ikke rammende, når det hævdes, at Højesteret har handlet i strid med Folketingets intentioner, under hensyn til EMRK art. 8, jf. Jens Vedsted-Hansen, »Udvisning af udlændinge«, i Ida Elisabeth Koch m.fl., *Magtudredningen* (2004), s.166.

[16] Om denne udvikling er det rammende blevet sagt, *at* den aktiverede de danske domstole som menneskerettighedsgarant, *at* den delegerede ansvaret for overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser fra den legislative til den judicielle magt, og *at* politiske skøn dermed blev henlagt til Højesteret, jf. Jens Vedsted-Hansen, »Er politiske skøn blevet henlagt til Højesteret?«, *Juristen* (2001), s. 44, samme, »Domstolens praksis over for personer med etnisk minoritetsbaggrund«, *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* (2001), s. 18, og samme, »Udvisning af udlændinge«, i Ida Elisabeth Koch m.fl., *Magtudredningen* (2004), s.152.

4-8, opremsede lovovertrædelser, og den samtidige forventning om overholdelse af Danmarks forpligtelser efter EMRK art. 8, ændrede grundlæggende karakter ved lovforslagets gennemførelse. Lov nr. 758 af 29. juni 2011 indsatte således en skærpet afvejningsregel i udl. § 26, stk. 2, der herefter lød som følger: »En udlænding skal udvises efter §§ 22-24 [...], medmindre dette *med sikkerhed* vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser« (fremhævet her).

Selve udtrykket »med sikkerhed« siger ikke i sig selv noget om, hvori skærpelsen nærmere bestemt består. I praksis måtte dette bero på, hvilken grad af sikkerhed for krænkelse af EMRK art. 8, domstolene inden lovændringen anså som afgørende for at undlade udvisning, i forhold til, hvilken grad af sikkerhed for konventionskrænkelse, domstolene efter lovændringen forventedes at navigere efter. I bemærkningerne til lovforslaget hævdes lovændringen at medføre to stramninger:

1) Det antages, for det første, at selv om udl. § 26 anvendes i overensstemmelse med danske myndigheders pligt til at inddrage hensyn, der følger af Danmarks internationale forpligtelser, kan de hensyn, der er opregnet i § 26, stk. 1, dog som udgangspunkt også føre til, at udvisning undlades, uden at dette i det konkrete tilfælde følger af Danmarks internationale forpligtelser.[17] Stramningen hævdes at bestå i, at da § 26, stk. 2, i sin nye affattelse ikke som tidligere blot henviser til § 22, nr. 4-8, men nu i stedet til §§ 22-24, begrænses vægten af de humanitære modhensyn i § 26, stk. 1, ikke længere kun til de særlige kriminalitetsformer, der er oplistet i § 22, nr. 4-8. Der er utvivlsomt rent lovteknisk tale om en stramning. Spørgsmålet er, om de hensyn, der er opregnet i § 26, stk. 1, kan føre til, at udvisning undlades, uden at dette i det konkrete tilfælde følger af Danmarks internationale forpligtelser.[18] Og selv om denne antagelse måtte holde stik, har det under alle omstændigheder kun begrænset praktisk betydning, at alle udlændinge, der ikke bliver reddet af trappestigemodellen, nu er underlagt den skærpede proportionalitetsafvejning efter § 26, stk. 2, eftersom langt de fleste udvisningssager netop drejer sig om kriminalitet omfattet af § 22, nr. 4-8.

2) For det andet hævdes den nye affattelse af § 26, stk. 2, at indebære en skærpelse af selve den *afvejning*, som domstolene skal foretage.[19] Herom anføres i de almindelige bemærkninger til lovforslaget:

[17] Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 210 af 30. maj 2011, s. 6.

[18] Udl. § 26, stk. 1, blev således medtaget i den oprindelige udlændingelov fra 1983 for at give domstolene vejledning om de humanitære hensyn, der, med henblik på overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser, bør inddrages, når der i straffesager tages stilling til udvisning, jf. betænkning nr. 968 (1982), s. 176.

[19] Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 210 af 30. maj 2011, s. 7.

»Vurderingen af, om der skal udvises, [skal] alene tage udgangspunkt i, om udvisning i det konkrete tilfælde med sikkerhed vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser [...]. Er dette ikke tilfældet, skal der ske udvisning«.[20]

Disse bemærkninger bidrager ikke til at præcisere, hvori skærpelsen nærmere bestemt består. Således har det siden pusherloven fra 1996 i udgangspunktet netop været sådan, at domstolene i udvisningssager principielt har været forpligtet til *alene* at tage udgangspunkt i Danmarks internationale forpligtelser (i praksis EMRK art. 8): Dels fordi domstolene, med den successive indsættelse af bestemmelserne i udl. § 22, nr. 4-8 i stadigt stigende omfang var blevet pålagt ansvaret som menneskerettighedsgarant i udvisningssager. Dels fordi domstolene forventedes at være tilbageholdende med at anlægge en »selvstændig« fortolkning af EMRK, jf. nærmere herom nedenfor under 2.2.4. Som det vil blive omtalt nærmere straks nedenfor, havde der dog i den juridiske litteratur været plæderet for, at domstolene netop skulle foretage en sådan »selvstændig« fortolkning, hvilket lovforslaget, på baggrund af den kontekst, hvori det blev fremsat, kunne ligne et opgør med.

På grundlag af de almindelige bemærkninger til lovforslaget er det ikke til at vide, om der med lovforslaget var aspirationer i så henseende, hvorfor det på baggrund af ovenstående henstod i det uvisse, hvori den påståede skærpelse nærmere bestemt måtte antages at bestå. Og for så vidt angår betydningen af udtrykket »med sikkerhed«, gengiver ovenstående citat jo blot en del af ordlyden af den nyaffattede § 26, stk. 2. Mens der således ikke findes reelle fortolkningsbidrag i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, gøres der i de specielle bemærkninger i det mindste et forsøg på at tydeliggøre skærpelsens nærmere indhold:

»Fremover [vil det] alene være Danmarks internationale forpligtelser, der kan tilsige, at der ikke kan ske udvisning. Udlændingens personlige forhold, herunder bl.a. familieliv og tilknytning til Danmark i øvrigt, vil således ikke længere kunne føre til, at udvisning undlades. De personlige forhold kan kun tillægges betydning i det omfang, det har betydning for vurderingen af overensstemmelsen med Danmarks internationale forpligtelser.«[21]

Hvad er pointen? Selvfølgelig vil udlændinges »personlige forhold«, hvis man dertil bl.a. henregner familieliv og tilknytning til Danmark, kunne begrunde, at der ikke kan udvises. Det er fast EMRK art. 8-praksis. Derfor forekommer det også besynderligt, at der tilsyneladende opstilles en principiel modsætning mellem »personlige forhold« og Danmarks internationale forpligtelser.

I forhold til domstolenes rolle i sikringen af Danmarks internationale forpligtelser, anføres:

[20] *Ibid.*
[21] *Op.cit.*, s. 10.

»Det forudsættes, at domstolene i forbindelse med vurderingen af, om der skal udvises, som i dag inddrager den relevante [EMD-praksis]. Efter forslaget vil den klare hovedregel i udvisningssager således være, at udlændinge, der idømmes frihedsstraf for begået kriminalitet, udvises. Udvisning kan kun undlades, hvis udvisning med sikkerhed vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser. Lovforslaget ændrer ikke ved, at de internationale forpligtelser altid skal overholdes, og det vil også i tilfælde, hvor der kan være usikkerhed om rækkevidden af de internationale forpligtelser, være op til domstolene at foretage en konkret vurdering af, om udvisning vil være mulig inden for rammerne af Danmarks internationale forpligtelser, *under henvisning til at lovgivers udtrykkelige ønske er, at udvisning skal ske i videst muligt omfang.*«[22]

Ligner det ikke gammel vin på nye flasker? Er det ikke blot udtryk for den samme type retorik, som første gang blev anvendt i forbindelse med indsættelsen af »pusherbestemmelsen« (udl. § 22, nr. 4) tilbage i 1996, og siden er blevet repeteret i forbindelse med indsættelsen af bestemmelserne i § 22, nr. 5-8? Tidligere hed det sig, at undladelse af udvisning i forbindelse med de særlige kriminalitetsformer kun »undtagelsesvis« kan findes sted, og nu, at udvisning generelt skal ske »i videst muligt omfang.« Når det siges, at dette nu er lovgivers »udtrykkelige ønske«, kunne det ligne en kritik af domstolenes hidtidige praksis, og at aftaleparterne bag lovforslaget var af den opfattelse, at de omtalte »personlige forhold« var blevet tillagt større vægt af domstolene, end der havde været belæg for i EMD-praksis. Som det vil fremgå nedenfor, er man imidlertid meget varsom med (direkte) at kritisere domstolene.

Mens hverken lovteksten eller bemærkningerne til lovforslaget gav præcise retningslinjer for, hvorledes domstolene forventedes at anvende den påståede skærpede afvejningsregel, så giver folketingsdebatten et mere præcist indblik i hensigten bag den påståede stramning. Daværende integrationsminister, Søren Pind, var af den overbevisning, at de danske domstole havde holdt sig på den sikre side af EMD's udvisningspraksis med henblik på i videst muligt omfang at undgå konventionskrænkelser i udvisningssager, hvilket han bl.a. byggede på udtalelser fra Jens Elo Rytter og Eva Smith.[23]

Det skulle, ifølge Søren Pind, være slut nu. Domstolene skulle ganske vist stadig sikre, at Danmark lever op til sine internationale forpligtelser, men nu skulle domstolene have et direkte påbud om at udvise, medmindre det med sikkerhed er i strid med internationale konventioner, hvilket ifølge Søren

[22] *Op.cit.*, s. 7 (fremhævet her).

[23] Jf. Integrationsminister Søren Pind under Folketingets førstebehandling af lovforslag nr. L 210/2010-11, 21. juni 2011, FT F, s. 5, og under lovforslagets andenbehandling af 24. juni 2011, FT F, s. 11, hvor der henvises til en artikel fra Politiken af 30. maj 2001 af Jens Elo Rytter. Eva Smith havde tidligere i dagspressen og i artiklen »Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourgdomstolens praksis?«; *Juristen*, nr. 2 (2001), s. 58, udtalt, at Højesteret, i sin iver for ikke at blive underkendt af EMD, var blevet mere katolsk end paven selv.

Pind ville medføre, at domstolene skulle gå længere, end de hidtil havde gjort.[24] Det kunne godt ligne en kritik af domstolenes praksis. En direkte kritik undgås imidlertid med et argumentatorisk kunstgreb: Påstanden er, at udl. § 26, stk. 1, indeholder kriterier, der taler mod udvisning, og som går videre end de humanitære modkriterier, som efter EMD's EMRK art. 8-praksis kan finde anvendelse.[25] Som Søren Pind udtrykker det: »[Det] kan da ikke være en kritik af domstolene at konstatere, at hjemmelen ikke har været der, og så laver man hjemmelen om og udvider domstolenes hjemmel.«[26] Som nævnt er der intet, som peger i retning af, at de humanitære modhensyn i udl. § 26, stk. 1, går videre end de humanitære modhensyn, som er indeholdt i EMRK art. 8. Præmissen bliver dermed en falsk modstilling, som tjener til at undgå kritik af domstolene.

Det er klart, at i jo mindre omfang domstolene holder sig på den sikre side af EMD's udvisningspraksis, jo større er risikoen for konventionsbrud. Dette erkendes også af Søren Pind, der mener, at det er politikerne og ikke domstolene, der med lovforslaget påtager sig en »procesrisiko« i forhold til fremtidige konventionsbrud, og at det ville være fejt over for domstolene ikke at påtage sig denne risiko, idet man ellers fra politisk hold efterfølgende ville kunne brokke sig over dommernes konventionsbrud.[27] Forestillingen om, at de danske domstole har holdt sig på den sikre side af EMD's udvisningspraksis, fremgår også af Søren Pinds omtale af »gråzonen«. Mellem de to yderpunkter, hvor der overhovedet ikke er tvivl om, at det enten er konventionsstridigt eller konventionsmæssigt at udvise, giver det mening at tale om en gråzone. Søren Pind mener, at domstolene har udvist tilbageholdenhed inden for denne gråzone, og anfører, at domstolene med lovforslaget bliver bedt om at fjerne denne tilbageholdenhed.[28]

Der er i forarbejderne til lov nr. 758 af 29. juni 2011 ikke redegjort nærmere for, hvorfor udvisningsreglerne pludselig skulle skærpes. Hvis man fulgte med i den politiske debat i perioden, var det ret oplagt, at baggrunden var en højtprofileret mediesag, hvor Østre Landsret undlod at udvise bandelederen Fez Fez fra Vollsmose. Landsretsdommen, der blev afsagt den 30. marts 2011, gav anledning til megen medieomtale, og den 30. maj 2011 fremsattes lovforslag nr. L 210 om skærpede udvisningsregler.[29] Netop den-

[24] Jf. FT F, 21. juni (2011), s. 4-5.
[25] *Op.cit.*, s. 5
[26] *Ibid.*
[27] *Op.cit*, s. 9, og FT F, 21. juni (2011), s. 13.
[28] FT F, 21. juni (2011), s. 5.
[29] Som omtalt af Jens Vedsted-Hansen, »Med sikkerhed i strid med internationale forpligtelser«, i Nina Dietz Legind, m.fl. (red.), *Festskrift til Nis Jul Clausen* (2013), s. 428, kom lov nr. 758 af 29. juni – der i medierne gik under navnet »Fez Fez-loven« – i stand som et poli-

ne landsretsdom gav anledning til, at der bredte sig den opfattelse, at domstolene ikke altid udviste, selv om det ikke ville have været i strid med EMRK art. 8. Ved Østre landsret delte udvisningsspørgsmålet sig i en 3-3 afgørelse, hvorfor Fez Fez kun blev betinget udvist, jf. udl. § 24 b. Han var nok aldrig blevet en medie-darling, hvis han ikke havde haft hele otte børn. Han blev idømt fængsel i 6 år ved landsretten, men undgik udvisning, da hans herboende ægtefælle og 8 mindreårige børn fandtes at tale afgørende derimod. Da sagen kom for Højesteret, afsatte politiet betydelige ressourcer til at afdække hans reelle tilknytning til hjemlandene Libanon og Syrien. Den største hurdle i forhold til at udvise ham var formentlig den EMD-praksis, som tillægger det ganske stor betydning, om en udvist udlænding og dennes familie reelt vil have mulighed for at fortsætte familielivet i et andet land, jf. omtalen af *Boultif mod Schweiz* nedenfor under 2.2.4. Sagen endte med, at han blev udvist for bestandig ved Højesteret.

2.2.3. »Med sikkerhed« udgår af udl. § 26, stk. 2

Ved lov nr. 569 af 18. juni 2012 udgik udtrykket »med sikkerhed« af udl. § 26, stk. 2, hvorefter en udlænding nu således skal udvises efter §§ 22-24, medmindre dette vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser.

Hvad betyder det så? Bemærkningerne til lovforslaget er yderst sparsomme med oplysninger herom. Det siges blot, at regeringen ønsker at understrege, at det ene og alene er op til domstolene at foretage en konkret vurdering af, om udvisning er mulig inden for rammerne af Danmarks internationale forpligtelser.[30] Udtalelsen kan undre, da det vel ikke drejer sig om et kompetencespørgsmål. Det har således aldrig været på tale at fratage domstolene kompetencen til at udvise udlændinge i forbindelse med straffesager i henhold til udl. § 49.

2.2.4. Betydningen af at genindsætte »med sikkerhed« i udl. § 26, stk. 2

Når det overvejes, hvilken betydning det vil have at genindsætte udtrykket »med sikkerhed« i udl. § 26, stk. 2 – ledsaget af klare politiske tilkendegivelser om, at domstolene pålægges en meget konservativ praksis, som ikke lægger sig på den sikre side af EMD's udvisningspraksis – må udgangspunktet være, at et sådant legislativt tiltag slet ikke er nødvendigt. Jørgen Steen Sørensen har med stor overbevisning argumenteret for, at domstolene, i forhold til overholdelse af EMRK, bør holde fast i klare tilkendegivelser om ikke at påtage sig en større retspolitisk opgave, og at nødvendige tilpasninger af dansk ret skal ske ved lovgivning og ikke ved dom, idet han henviser til, at disse forudsætninger var kommet meget klart til udtryk i både

---

tisk »kombinationsforlig«. Ændringsloven var den pris, Dansk Folkeparti forlangte for at medvirke til efterlønsreformen.

[30] Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 180 af 26. april 2012, s. 5, 24-25, og 39.

forarbejderne til inkorporeringsloven fra 1992 og i en betænkning fra 2001 om inkorporering af yderligere menneskerettighedskonventioner.[31] Jørgen Steen Sørensens ærinde er at kritisere et synspunkt, fremført af Jens Elo Rytter, nemlig at domstolene kan og bør gøre mere end blot at håndhæve, hvad der direkte eller med stor sikkerhed følger af EMD's praksis, og at Danmarks menneskeretlige forpligtelser i henhold til EMRK går videre end til blot at undgå at blive dømt ved EMD.[32]

Dette er ikke stedet at kaste sig ud i en mere generel diskussion af dette meget principielle spørgsmål. Jørgen Steen Sørensen har utvivlsomt ret i, at området kunne have gavn af en samlet forfatningsretlig analyse. Han anerkender dog trods alt, at der i de seneste årtier på visse områder er sket en udvikling i retning af mindre tilbageholdenhed fra domstolenes side i forhold til at efterprøve rammerne for lovgivningsmagtens handlefrihed.[33] Spørgsmålet er, om udvisningsområdet er et sådant særligt område?

Her må det først bemærkes, at udvisningssager ikke karakteriseret ved, at det kommer på tale for domstolene at tilsidesætte positivt formulerede lovregler. Udvisningssager er derimod karakteriseret ved, at domstolene er blevet pålagt ansvaret som menneskerettighedsgarant af lovgivningsmagten. Jens Vedsted-Hansen antager, at denne reguleringsform medfører, at en vis selvstændig afvejning fra domstolens side formentlig er et nødvendigt led i dannelsen af en slags sikkerhedsmargin i forhold til EMD-praksis med henblik på at sikre staten mod ansvar for konventionskrænkelse, hvilket han bygger på, at lovgivningsmagten udtrykkeligt har tilkendegivet, at EMRK skal overholdes.[34] På den anden side har lovgivningsmagten også tilkendegivet, at undladelse af udvisning kun »undtagelsesvis« skal finde sted i de i udl. § 22, nr. 4-8, omhandlede tilfælde. Og selv om Højesteret ganske vist har fastslået, at denne tilkendegivelse ikke skal tillægges selvstændig betydning, jf. ovenfor under 2.2.1, kan der argumenteres for, at den i det mindste skal tillægges den betydning, at domstolene bør fastholde udgangspunktet om ikke at påtage sig en større retspolitisk opgave, hvilket udviklingen af en sådan sikkerhedsmargin nok kan siges at være udtryk for.

[31] Jf. Jørgen Steen Sørensen, »Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en kommentar til professor, ph.d. Jens Elo Rytter«, *Juristen*, nr. 9 (2010), s. 251-259.

[32] Jf. Jens Elo Rytter, »Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution«, *Juristen*, nr. 6/7 (2010), s. 191-192. Se også Jens Elo Rytters replik i *Juristen*, nr. 9 (2010), s. 260-261, og Jørgens Steen Sørensens duplik i *Juristen*, nr. 10 (2010), s. 309-310.

[33] Jf. Jørgen Steen Sørensen, *op.cit.*, s. 257.

[34] Jf. Jens Vedsted-Hansen, »Udvisning af udlændinge«, i Ida Elisabeth Koch m.fl., *Magtudredningen* (2004), s. 166.

Jørgen Steen Sørensen efterlyser et retskildegrundlag, som kan legitimere, at domstolene sætter sig ud over det klare udgangspunkt fra inkorporeringsloven. Han kommer selv ind på, at enkelte tilkendegivelser fra højesteretsdommere i den juridiske litteratur naturligvis ikke kan tages som autoritativt udtryk for Højesterets samlede stilling, og han gør gældende, at de sparsomme tilkendegivelser, der har været i litteraturen, under alle omstændigheder ikke forekommer at harmonere med Jens Elo Rytters synspunkt.[35] Argumentationen virker til tider en anelse tendentiøs. Således henviser Jørgen Steen Sørensen f.eks. til, at daværende højesteretsdommer, Torben Melchior, har udtalt, at hvis de danske domstole i en konkret sag når frem til, at det med en »betydelig grad af sikkerhed« må antages, at EMD vil statuere krænkelse, må de danske domstole tage hensyn hertil.[36] Dette støtter utvivlsomt Jørgen Steen Sørensens konservative opfattelse. Derimod ignoreres det, at Torben Melchior senere i sin artikel bifalder Henrik Zahles synspunkt om, at den judicielle legitimation til at forholde sig kritisk over for den politiske og administrative magt er blevet styrket, ligesom Melchior taler om, at domstolene nu »kan selv«.[37] De sidste udtalelser synes at støtte Jens Elo Rytters synspunkt.

Spørgsmålet, om de danske domstole har lagt sig på den sikre side af EMD's udvisningspraksis, kan besvares ved at analysere EMD's praksis til bunds og så sammenholde resultatet med de danske domstoles ageren gennem årene. Hvis det kan konstateres, at de danske domstole, i særdeleshed Højesteret, kun – eller i altovervejede grad – har undladt at udvise, når det, med en »betydelig grad af sikkerhed«, har måttet antages, at EMD i modsat fald ville have statueret krænkelse, taler det kraftigt for, at de danske domstole – i hvert fald på udvisningsområdet – har holdt sig til den konservative fortolkningsstil, som Jørgen Steen Sørensen advokerer for. I praksis er problemet imidlertid, at en sådan undersøgelse vil være uhyre omfangsrig at gennemføre. En sådan undersøgelse falder selvsagt uden for de foreliggende rammer. I det følgende gøres et tentativt forsøg på at besvare spørgsmålet ved omtale af en række markante afgørelser.

Selvom det selvfølgelig ikke kan tillægges generel betydning, skal det nævnes, at Danmark i et enkelt tilfælde er blevet dømt for at have krænket EMRK art. 8 i en udvisningssag. I *Amrollahi mod Danmark* blev en iransk statsborger, der som 23-årig kom til Danmark i 1987, hvor han fik asyl i 1989, i 1997 idømt 3 års fængsel for narkotikakriminalitet og udvist for be-

[35] Jf. Jørgen Steen Sørensen, *op.cit.*, s. 254-255.

[36] Jf. Jørgen Steen Sørensen, *op.cit.*, s. 255, hvor der henvises til Torben Melchior, »Maastricht, Tvind ... og hvad så?«, i Torsten Iversen m.fl. (red.), *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (2003), s. 211.

[37] Jf. Torben Melchior, *op.cit.*, s. 212, hvor der henvises til Henrik Zahle, *Grundloven og menneskerettigheder* (1997), s. 376.

standig.[38] Han var i 1994 flyttet sammen med en dansk kvinde, der havde et særbarn. Parret fik i 1996 et barn og giftede sig i 1997. I 1998 begærede han udvisningen ophævet i medfør af udl. § 50, hvilket byretten afviste. Efter at Flygtningenævnet havde fundet, at udsendelse ikke ville være i strid med udl. § 31, fremsatte han i 2000 på ny begæring om ophævelse af udvisningen i medfør af udl. § 50, hvilket blev afvist af Højesteret i *U.2000.2406H* med henvisning til, at det af bestemmelsens forarbejder og ordlyd fremgår, at der kun er adgang til at få prøvet en udvisning én gang, og at en sådan prøvelse var sket med byrettens kendelse i 1998. Herefter klagede den pågældende til EMD. I tidsrummet mellem Højesteret kendelse og EMD's stillingtagen til klagen, afsagde EMD dom i *Boultif mod Schweiz.*[39] Dommen fastslår, at det i udvisningssager skal tillægges ganske stor betydning, om familien reelt vil have mulighed for at fortsætte familielivet i et andet land. Dette blev udslagsgivende for, at Danmark i *Amrollahi mod Danmark* blev dømt for at have krænket EMRK art. 8, idet EMD tillagde det afgørende betydning, at familien reelt ikke ville have mulighed for at fortsætte familielivet i Iran.[40] Der er imidlertid ikke noget at bebrejde Højesteret, der jo ikke kunne vide, at EMD ville tage så vidtgående hensyn til muligheden for at fortsætte familielivet i *Boultif.*

Mens *U.2000.2406H* er i overensstemmelse med forudsætningerne om, at domstolene ikke bør påtage sig en mere »selvstændig« rolle ved at udvikle en sikkerhedsmargin i forhold til EMRK art. 8, så er der også eksempler på det modsatte. I *U.2002.736H* tillagde et flertal på tre dommere det afgørende betydning, at to makedonere, der var idømt henholdsvis 7 og 8 års fængsel for grov narkotikakriminalitet, var velintegrerede gennem fast arbejdsmarkedstilknytning og beherskelse af det danske sprog. De var kommet hertil som henholdsvis 17-årig og 21-årig og havde boet i Danmark i knap 32 år henholdsvis 26 år. De havde begge ægtefælle og voksne børn i Danmark og beskeden tilknytning til Makedonien. Et mindretal på to dommere stemte derimod for udvisning, idet de henviste EMD's afvisningsafgørelse af 7. december i *Cagler mod Tyskland.* Der er nuanceforskelle mellem de faktiske omstændigheder i *Cagler* og *U.2002.736H,* men næppe i et omfang, som gav grund til at formode, at EMD, med en betydelig grad af sikkerhed, ville have statueret krænkelse, hvis de pågældende var blevet udvist.[41] Et andet eksempel på en sag, hvor Højesteret på forholdsvis spinkelt grundlag undlod at udvise, er *U.2000.1600H.*[42]

[38] *Amrollahi mod Danmark* (dom af 11. juni 2002)

[39] *Boultif mod Schweiz* (dom af 2. august 2001).

[40] Jf. *Amrollahi mod Danmark*, præmis 41-43.

[41] Jf. nærmere herom Starup, *op.cit.*, s. 434-435.

[42] Jf. Trine Wendel Niss, *Udvisning af kriminelle udlændinge set i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 8* (2012), s. 49-50. Der er tale om en glimrende specia-

U.2000.1600H og *U.2002.736H* er af ældre dato og ikke nødvendigvis på linje med den praksis, som Højesteret har fulgt de senere år. Omvendt er der nyere afgørelser på udlændingeområdet, som tilsyneladende er udtryk for, at i hvert fald ikke alle dommere ved Højesteret holder sig tilbage fra at indbygge en sikkerhedsmargin i forhold til EMD-praksis med henblik på at sikre mod ansvar for konventionskrænkelse. Således nævnes mindretallets afgørelse i *U.2010.1035H* som eksempel på, at EMRK art. 8 er blevet fortolket på en måde, som ikke, med en betydelig grad af sikkerhed, havde støtte i EMD-praksis.[43] Sagen drejede sig om en herboende udlænding, der var født i 1971 i Togo, og som kom til Danmark i 1993, hvor han efter 9 års ophold blev dansk statsborger i 2002. Han giftede sig i 2003 med en ghanesisk statsborger. Parret fik i 2004 afslag på ægtefællesammenføring efter udl. § 9, stk. 1, nr. 1, med henvisning til, at deres samlede tilknytning til Danmark ikke var større end deres samlede tilknytning til Ghana, jf. udl. § 9, stk. 7. Hvis den herboende havde haft dansk indfødsret i 28 år, ville dette tilknytningskrav ikke have fundet anvendelse. Et mindretal på tre dommere fandt, at dette medførte indirekte forskelsbehandling i strid med EMRK art. 14 sammenholdt med art. 8, idet de lagde vægt på, at 28-års-reglen rammer to grupper af danske statsborgere vidt forskelligt: Personer, der erhverver dansk statsborgerskab ved fødslen, skal blot være 28 år for ikke at være omfattet af tilknytningskravet, mens personer, som først senere i livet opnår dansk statsborgerskab, skal vente 28 år fra dette tidspunkt (eksempelvis den herboende i sagen, der blev dansk statsborger som 31-årig, hvorefter han skulle vente til sit 59. år på ikke at være omfattet af tilknytningskravet).[44] Efter mindretallets opfattelse har den førstnævnte gruppe af danske statsborgere – som måske endog ikke på noget tidspunkt har haft bopæl i Danmark – ikke ud fra en »generel betragtning« en stærkere tilknytning til Danmark end personer, som efter ophold i Danmark i en årrække har opnået dansk statsborgerskab. Det kan ikke udelukkes, at EMD ville komme frem til samme konklusion,[45] men det kan næppe antages med en betydelig grad af sikkerhed.[46]

---

leafhandling, der modtog prisen for bedste besvarelse af Justitsministeriets Forskningspolitiske Udvalgs prisopgave for 2011, og som kan downloades fra Justitsministeriets hjemmeside.

[43] Jf. bl.a. Jørgen Steen Sørensen, *op.cit.*, s. 256-257, Jens Elo Rytter, *op.cit.*, s. 192, og samme, *Individets grundlæggende rettigheder*, 1. udg. (2013), s. 56 og 88-89.

[44] Ved lov nr. 418 af 12. maj 2012 ændredes 28-årsreglen til en 26-årsregel.

[45] De senere års skærpelser i naturalisationsreglerne er en faktor, som styrker mindretallets synspunkt, idet baggrunden herfor har været at ændre naturalisation fra et middel i integrationsprocessen til en status, der normalt kun kan opnås, når integrationsprocessen er afsluttet, jf. Eva Ersbøll, »Det lige statsborgerskab«, *Juristen*, nr. 4 (2010), s. 127.

[46] Efter flertallets opfattelse vil det »i almindelighed« være sådan, at en 28-årig, der har haft dansk indfødsret fra fødslen, har en større reel tilknytning til Danmark og indlevelse i det

U.2013.388H er et eksempel på, at Højesteret går ganske langt i forhold til at holde sig på den sikre side af EMRK art. 8 på udlændingeområdet. Baggrunden for sagens udfald skal findes i, at Danmark i 2011 var blevet dømt for at have krænket EMRK art. 8 i *Osman mod Danmark*.[47] Sagen omhandlede en somalisk statsborger, der som 7-årig i 1995 blev familiesammenført til Danmark. I 2003 blev hun som 15-årig sendt på genopdragelsesrejse til en somalisk flygtningelejr i Kenya af sine herboende forældre. Da hun to år efter udrejsen i en alder af 17 år og 9 måneder sammen med sin far henvendte sig på Den danske Ambassade i Kenya, hvor hun søgte om opholdstilladelse, oplyste hun, at hun ikke havde regnet med, at opholdet skulle vare to år, at hun ikke udrejste frivilligt, at hun ikke havde modtaget undervisning i Kenya, at hun havde passet sin farmor, og at hun var blevet tvunget til at udsætte sin henvendelse til de danske myndigheder, da hendes farmor var blevet alvorligt syg. Udlændingemyndighederne anså hendes opholdstilladelse for bortfaldet efter udl. § 17, stk. 1, 3. pkt. og hun fik afslag på opholdstilladelse efter udl. § 9, stk. 1, nr. 2, idet hun var over 15 år. EMD konstaterede, at der var sket indgreb efter EMRK art. 8, dels pga. hendes forhold til herboende familiemedlemmer, dels fordi hun i Danmark havde etableret og udviklet sociale bånd til herboende personer og samfundet i øvrigt.[48] Ifølge EMD skulle det tillægges betydelig vægt, at hun talte dansk, at hun havde gået i skole i Danmark fra 1995-2002, at hun havde hele sin nære familie i Danmark, og at hun havde tilbragt 8 formative år af sin barndom og ungdom i Danmark, inden hun som 15-årig blev sendt til Kenya, der ikke var hendes fædreland.[49] EMD konstaterede, at hvis det ikke havde været for nedsættelsen af aldersgrænsen for sammenføring med børn efter udl. § 9, stk. 1, nr. 2, til 15 år i 2004, ville hun have fået opholdstilladelse efter denne bestemmelse, da hun i 2005 søgte om fornyet opholdstilladelse. EMD tillagde det betydning, at hendes forældre, da de i 2003 sendte hende til Kenya, ikke kunne forudse, at aldersgrænsen ville blive ændret, mens hun opholdt sig dér.[50] I *U.2013.388H* var der tale om en nigeriansk dreng, der havde boet i Danmark fra han var 3 år og indtil han som 12-årig blev sendt på en kostskole i Nigeria. Da han som 16-årig ønskede at flytte tilbage til

---

danske samfund, end en 28-årig, der først som ung eller voksen har fået forbindelse til det danske samfund, hvormed 28-årsreglen bygger på et objektivt kriterium, der må anses for sagligt begrundet i hensynet til at udpege en gruppe af statsborgere, der ud fra en generel betragtning har en sådan tilknytning til Danmark, at det vil være uproblematisk at tillade ægtefællesammenføring, idet der normalt vil kunne ske en vellykket integration i det danske samfund.

[47] *Osman mod Danmark* (dom af 14. juni 2011).

[48] Jf. *Osman mod Danmark*, præmis 55-56.

[49] Jf. *Osman mod Danmark*, præmis 65 og 68.

[50] Jf. *Osman mod Danmark*, præmis 75.

Danmark, anså udlændingemyndighederne hans opholdstilladelse for bortfaldet, jf. udl. § 17. Justitsministeriet afviste, at denne afgørelse var i strid med *Osman*, bl.a. fordi Osman efter kun to års ophold i udlandet selv tog kontakt til en dansk ambassade, og fordi hun havde haft hele sin skolegang i Danmark. Justitsministeriet henviste desuden til, at til forskel fra *Osman*, så var der i sagen om den nigerianske dreng ikke tale om, at der var sket ændringer i retsgrundlaget, mens han opholdt sig uden for Danmark. Da der således var væsentlige forskellige mellem *Osman* og den foreliggende sag, var der grundlag for at opretholde afslaget på opholdstilladelse, medmindre man ville indbygge en sikkerhedsmargin i forhold til at være sikker på at undgå konventionsbrud. I modsætning til byretten og Østre Landsret fandt Højesteret, at det ville udgøre et uproportionalt indgreb i EMRK art. 8, hvis drengens opholdstilladelse skulle anses for bortfaldet. Det kan ikke udelukkes, at Danmark ville have begået konventionsbrud, hvis Højesteret var nået til det modsatte resultat. Om der ville have været en betydelig grad af sikkerhed herfor, er vanskeligt at sige, men det er i hvert fald ikke noget, man kan sige »med sikkerhed«.

Ovenstående giver indtryk af, at Højesteret har anvendt en vis sikkerhedsmargin på udlændingeområdet, hvilket formentlig undertiden har ført til, at domstolene har undladt at udvise, selv om det har været muligt inden for rammerne af EMRK art. 8. Omvendt må det antages, at Højesteret i det store og hele har holdt sig inden for sit mandat, idet der ellers i den juridiske litteratur formentlig ville have været peget på et større antal afgørelser, hvor Højesteret kunne have udvist uden at begå konventionsbrud. Overordnet er det derfor givetvis rigtigt, når det hævdes, at ingen på overbevisende måde har påpeget mærkbare uoverensstemmelser mellem de danske domstoles og EMD's retspraksis på udvisningsområdet.[51]

I forhold til spørgsmålet om, hvilken betydning det vil få at genindsætte »med sikkerhed« i udl. § 26, stk.2, må det antages at spille en afgørende rolle, hvordan Højesteret vil stille sig til, at domstolene pålægges at gå helt ud til den alleryderste grænse for Danmarks internationale forpligtelser. Nu har »med sikkerhed« som nævnt tidligere stået i udl. § 26, stk. 2. Der ses dog ikke at være afgørelser, hvor Højesteret fik lejlighed til at tage stilling til, hvilken betydning den politiske rygdækning til krænkelser af EMRK art. 8 skulle tillægges i fremtidige udvisningssager.[52] Skulle det komme på tale at genindsætte »med sikkerhed« i selve lovteksten, vil det spille en afgørende rolle, hvilke konkrete instrukser lovgiver udstyrer domstolene med i forarbejderne.

[51] Jf. Jonas Christoffersen, »Hvad *betyder* de skærpede udvisningsregler?«, *Retten Rundt*, nr. 7 (2011).

[52] Jf. nærmere herom Jens Vedsted-Hansen, »Med sikkerhed i strid med internationale forpligtelser«, i Nina Dietz Legind, m.fl. (red.), *Festskrift til Nis Jul Clausen* (2013), s. 437.

En instruks til domstolene om ikke at anvende en alt for lempelig sikkerhedsmargin i forhold til EMD-praksis vil næppe føre det store med sig, medmindre det direkte kræves, at »med sikkerhed« skal forstås i den mest suverænitetsbevarende udgave, man overhovedet kan forestille sig. Man kunne gå så vidt som til at pålægge domstolene at udvise, selv om det med en betydelig grad af sikkerhed vil være konventionsstridigt. Er der blot det mindste håb om, at Danmark ikke bliver dømt for konventionsbrud, skal der udvises. Dette vil indebære en meget høj procesrisiko. I princippet er der ikke nogen grænse for, hvor lagt lovgiver kan vride armen om på domstolene. Der er dog grund til at overveje, om en sådan vej er farbar.

For det første vil de danske domstole skulle »starte forfra« på stort set hele udvisningsområdet. De underliggende instanser har utvivlsomt brugt Højesterets udvisningsafgørelser som pejlemærke, men nu vil stort set alt skulle tages op til revision. Det vil medføre uklarhed om retstilstanden og formentlig, at en større mængde sager vil skulle føres ved alle tre retsinstanser. De retssikkerhedsmæssige og procesøkonomiske konsekvenser af en sådan stramning bør derfor gennemtænkes grundigt. I den forbindelse bør det tages i betragtning, at en sådan skærpelse let kunne tænkes at blive trukket tilbage, hvilket blot vil skabe endnu mere forvirring. Meget taler for, at vi er bedst tjent med status quo.

For det andet vil det uvægerligt føre til, at Danmark i langt større omfang dømmes for konventionsbrud. Sådan er det jo, kunne man sige, når man helt legitimt udøver national domstolscensur og prøver grænser af. Desuden kunne man hævde, at problemet efterhånden vil forsvinde, og at mængden af konventionsbrud vil aftage over tid. Når Danmark således tilstrækkeligt længe har været storleverandør af konventionskrænkelser, vil der udkrystallisere sig en præcis retspraksis, som helt vil have afskaffet det forudsigelighedsproblem, der altid vil være knyttet til at anvende EMD's ofte meget konkret begrundede afgørelser. Spørgsmålet er dog dels, om det overhovedet er ønskværdigt at prøve grænserne af på den måde, og dels om det er realistisk, at man nogensinde når et punkt, hvor forudsigelighedsproblemet er løst, hvis man bruger »med sikkerhed« i den mest ekstreme form.

I øvrigt er det uklart, hvorfor en sådan sikkerhedsdoktrin kun skulle gælde på udvisningsområdet og ikke på udlændingeområdet generelt. Og hvorfor ikke på alle områder, hvor EMRK spiller en rolle?

2.3. Stramning som følge af en påstået skærpelse i Menneskerettighedsdomstolens udvisningspraksis

Spørgsmålet, om det er muligt at stramme udvisningsreglerne, er for nylig blevet behandlet af Jacob Mchangama, der er chefjurist i den borgerlig-

liberale tænketank CEPOS. I en videnskabelig artikel,[53] der bygger på et af ham udarbejdet notat,[54] konkluderer han på baggrund af en række synspunkter, at det *er* muligt at stramme disse regler. Et tilsvarende synspunkt gøres gældende i et blogindlæg på Berlingskes netavis.[55]

Europarådet har vedtaget tre erklæringer, hvori der findes udtalelser, som kan tolkes i retning af, at konventionsstaterne ønsker en videre skønsmargin i forhold til udvisning af kriminelle udlændinge. Mchangama mener tilsyneladende, at disse erklæringer har medført en kursændring i nyere EMD-udvisningspraksis.

Normalt indebærer ændringer i EMD-praksis ikke behov for lovgivningstiltag, da domstolene antages at være i stand til at navigere efter EMD's praksis. Ifølge Mchangama foreligger der imidlertid i relation til udvisning ved dom to forhold, der gør, at en »tilpasningspolitik« ikke rækker, hvorfor en lovændring er påkrævet, såfremt lovgiver måtte ønske at udvise flest mulige kriminelle.[56]

1) For det første gøres det gældende, at da det ikke er EMD, men konventionsstaterne, der udformer reglerne for og træffer beslutning om udvisning, forudsætter en udnyttelse af de udvidede rammer for den nationale skønsmargin, at det er staterne selv, der ændrer udvisningspraksis. Det er et helt generelt synspunkt, der tilsyneladende helt underkender domstolenes evne eller villighed til at udvise, medmindre det er i strid med Danmarks forpligtelser efter EMRK art. 8. Synspunktet indebærer i sin yderste konsekvens, at lovgiver skal på banen, hver gang der sker forskydninger i EMD-praksis på dette område. Det er ikke hensigtsmæssigt med en endeløs række af finjusteringer, hver gang EMD nuancerer rækkevidden af beskyttelsen efter EMRK art. 8. Det gøres i forlængelse heraf gældende, at det forhold, at en tilpasningspolitik ikke med sikkerhed udnytter det fulde spillerum for den nationale skønsmargin i udvisningssager, bestyrkes af, at Storbritannien, kort tid efter Brighton-konferencen, kodificerede Izmir-erklæringens udtalelse om, at det som udgangspunkt kun er under helt »exceptionelle omstændigheder«, at EMRK art. 8 vil forhindre udvisning af udlændinge, der har begået alvorlig kriminalitet.[57] Der er selvsagt ikke en almindelig pligt til at kodificere udtalelser i erklæringer fra Europarådet i national lovgivning,

[53] Jacob Mchangama, »Er der sket en udvikling i Menneskerettighedsdomstolens praksis angående udvisning af kriminelle udlændinge?«, *EU-ret & Menneskeret*, nr. 1 (2013), s. 26-37.

[54] Jacob Mchangama, »Ny domstolspraksis åbner for flere udvisninger af kriminelle udlændinge«, CEPOS-notat af 28. november 2012, der findes på CEPOS' hjemmeside (cepos.dk).

[55] Jacob Mchangama, »Ny domstolspraksis åbner for flere udvisninger af kriminelle udlændinge«, blogindlæg på b.dk af 28. november 2012.

[56] Jf. Mchangama i *EU-ret & Menneskeret*, nr. 1 (2013), s. 37.

[57] *Ibid.*

og en sådan pligt kan selvsagt heller ikke bero på, at lovgivere i andre konventionsstater finder på at foretage en sådan kodificering. I øvrigt minder den britiske tilgang til udvisningsspørgsmålet umiskendeligt om noget, vi har allerede har gjort os rigeligt med erfaringer med i Danmark.

2) For det andet gøres det gældende, at den relativt rigide udmåling af længden af indrejseforbud efter udl. § 32 måske kan medføre færre udvisninger.[58] Heri har Mchangama utvivlsomt en pointe, hvilket jeg vil komme ind på i det følgende afsnit. Der er imidlertid tale om en selvstændig reguleringsmulighed, som intet har at gøre med, om der skule være sket en skærpelse i EMD's udvisningspraksis, eller om der med fordel på ny kan indsættes en skærpet afvejningsregel i udl. § 26, stk. 2, som han tilsyneladende lægger op til.

2.4. Indirekte stramning via mere fleksible regler for fastsættelse af indrejseforbuddenes længde

Ifølge udl. § 32, stk. 1, 1. pkt. medfører en dom, hvorved en udlænding udvises, at udlændingens visum og opholdstilladelse bortfalder, og at udlændingen ikke uden tilladelse på ny må indrejse og opholde sig her i landet. Det til udvisningen knyttede *indrejseforbud*, som domstolene ifølge § 32, stk. 1, 2. pkt., kan tidsbegrænse, meddeles for forskellige perioder, alt afhængigt af den idømte straf og eventuelt af den pågældende udvisningshjemmel, jf. § 32, stk. 2-3. Skematisk ser reglerne ud som følger:

Ubetinget frihedsstraf af følgende længde (herunder foranstaltningsdomme)	**Indrejseforbuddets længde**
< 3 måneder (omfatter også betinget frihedsstraf)	4 år (§ 32, stk. 2, nr. 1)
3-12 måneder	6 år (§ 32, stk. 2, nr. 2)
1-2 år	12 år (§ 32, stk. 2, nr. 3)
1½-2 år	Bestandigt, medmindre der alene findes grundlag for at meddele indrejseforbud for 12 år (§ 32, stk. 2, nr. 4)
> 2 år	Bestandigt (§ 32, stk. 2, nr. 5)
Udvisning efter § 22, nr. 4-8	Fra 6 år til bestandigt (§ 32, stk. 3)

Som det fremgår af skemaet, er domstolene i vid udtrækning bundet ved fastlæggelsen af indrejseforbuddets længde. EMD har i en række sager fundet, at en udvisning ikke i sig selv udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8, men at det til udvisningen knyttede indrejseforbud var uproportionalt langt i forhold til denne bestemmelses krav om respekt for familie- og privatlivet. Dette giver anledning til at overveje, om der i større omfang ville kunne ud-

[58] *Ibid.*

vises, hvis domstolene blev friere stillet i forhold til fastsættelsen af indrejseforbuddenes længde.

At længden på de gældende indrejseforbud skulle kunne resultere i færre udvisninger, blev afvist af VK-regeringen i forbindelse med den seneste forhøjelse af længden af indrejseforbuddene i udl. § 32. Baggrunden var, at lov nr. 486 af 12. juni 2009 på den ene side begrænsede udvisningsværnet i trappestigemodellen ved at nedsætte kravene til længden af den idømte straf, der kræves, for at en udlænding, som har haft lovligt ophold her i landet i en bestemt periode, kan udvises, og på den anden side forhøjede længden af indrejseforbuddene. I forarbejderne erkendes den potentielle konflikt mellem disse to skærpelser. Det anføres således, at det følger af EMD-praksis, *at* indgreb i udlændingens privat- og familieliv skal stå i rimeligt forhold til de formål, indgrebet (udvisningen) skal varetage, *at* den dertil knyttede proportionalitetsafvejning foretages på baggrund af en samlet og konkret vurdering af en række elementer, *og at* et af disse elementer er længden af det indrejseforbud, den pågældende udlænding vil få som følge af udvisningen.[59] Der henvises i den forbindelse til følgende udtalelse fra VK-regeringens arbejdsgruppe om betinget udvisning i en rapport fra 2005:

»Fastsættes der i udlændingeloven meget lange indrejseforbud i anledning af kriminalitet, kan det indebære, at længden af det foreskrevne indrejseforbud i sig selv vil medføre, at en udvisning i givet fald vil være uproportional, og at domstolene derfor af hensyn til Danmarks internationale forpligtelser vil udvise i færre tilfælde end i dag. På denne baggrund skal der udvises forsigtighed med at ændre længden af indrejseforbud i skærpende retning på en måde, som binder domstolene til at anvende meget lange indrejseforbud.«[60]

I forarbejderne afvises det dog, at sådanne betænkeligheder skulle være et problem i forhold til den påtænkte lovændring, idet der henvises til, at de foreslåede skærpelser af indrejseforbuddenes længde efter VK-regeringens opfattelse ikke er af en »sådan karakter«, at et indrejseforbud i sig selv vil medføre, at udvisning vil være uproportionalt, og at domstolene derfor af hensyn til Danmarks internationale forpligtelser vil udvise i færre tilfælde.[61]

Synspunktet afvises af Jacob Mchangama. Han hævder, at den binding, som udl. § 32 lægger på domstolene »givetvis« medfører færre udvisninger, end hvis domstolene var friere stillet i forhold til fastsættelse af indrejseforbuddets længde.[62] En tilbundsgående undersøgelse af spørgsmålet falder uden for de foreliggende rammer. Følgende bemærkninger skal dog gøres.

I *Radovanivic mod Østrig* blev en udlænding idømt 30 måneders fængsel for røveri af særligt grov beskaffenhed, hvoraf 24 måneder blev gjort betin-

[59] Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. 174 af 26. marts 2009, pkt. 2.3.6.

[60] Rapport fra regeringens arbejdsgruppe om betinget udvisning (2005), s. 46 f.

[61] Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. 174 af 26. marts 2009, pkt. 2.3.6.

[62] Jf. Jacob Mchangama i *EU-ret & Menneskeret*, nr. 1 (2013), s. 37.

get, og udvist med indrejseforbud for bestandig.[63] EMD fastslog, at det, henset til sagens samlede omstændigheder, var uproportionalt at udvise den pågældende for bestandigt, og at et tidsbegrænset indrejseforbud ville have været tilstrækkeligt til at tilgodese Østrigs interesser (præmis 37). Dommen giver ikke svar på, hvor langt et tidsbegrænset indrejseforbud højst må være for at være proportionalt.

En lignende situation kunne tænkes at opstå i Danmark: Ifølge strfl. § 58, stk. 1 kan retten bestemme, at en del af den forskyldte straf, dog højst 6 måneder, skal fuldbyrdes, medens dommen i øvrigt gøres betinget, hvis anvendelse af ubetinget fængselsstraf skønnes påkrævet, men oplysningerne om tiltaltes personlige forhold taler for anvendelse af betinget dom efter strfl. § 56. Ved idømmelse af 6 måneders ubetinget fængsel kan de danske domstole nøjes med at meddele indrejseforbud for 6 år, jf. udl. § 32, stk. 2, nr. 2 eller stk. 3, og altså ikke for bestandig som i *Radovanivic*. Denne dom giver derfor ikke umiddelbart indtryk af, at længden af de i disse bestemmelser fastsatte indrejseforbud er uproportionale. Fleksibiliteten i § 32, stk. 3 stiller domstolene forholdsvis frit og er således helt afgørende i forhold til at sikre mod konventionskrænkelser.

Man kunne dog forestille sig, at en udlænding i Danmark idømmes en længere, ubetinget fængselsstraf for samme lovovertrædelse som i *Radovanivic*. Den pågældende ville dermed kunne blive omfattet af udl. § 32, stk. 2, nr. 3-5 og blive meddelt et indrejseforbud for 12 år eller bestandigt, hvilket umiddelbart forekommer at være uproportionalt. I *Radovanivic* tillægges det imidlertid betydelig vægt, at klageren, trods karakteren og grovheden af den begåede kriminalitet, kun blev idømt 6 måneders ubetinget fængsel (præmis 34). Modsætningsvis må det antages, at længere, ubetingede fængselsstraffe kan retfærdiggøre længere indrejseforbud, hvilket taler for, at det trinvise reguleringsprincip i udl. § 32, stk. 2 og 3 er i overensstemmelse med det i EMRK art. 8 indeholdte proportionalitetsprincip.

I *Keles mod Tyskland* blev en tyrkisk statsborger, der havde boet 27 år i Tyskland, hvor også hans ægtefælle og børn boede, udvist med indrejseforbud for bestandigt.[64] EMD fastslog, at det ikke i sig selv udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8 at udvise den pågældende, men at det tidsubegrænsede indrejseforbud var uproportionalt i forhold til hans ret til respekt for sit privat- og familieliv. EMD lagde i den forbindelse navnlig vægt på den begåede kriminalitets art, varigheden af hans ophold i Tyskland, at han havde tidsubegrænset opholdstilladelse dér, og endelig de vanskeligheder, som hans børn måtte forventes at blive mødt med, hvis de skulle følge ham til Tyrkiet (præmis 66). Han var blevet idømt to fængselsstraffe på henholdsvis 5 og 6 måneders fængsel, der tilsyneladende udelukkende skyldtes alvorlige

[63] *Radovanivic mod Østrig* (dom af 22. april 2004).
[64] *Keles mod Tyskland* (dom af 27. oktober 2005).

overtrædelser af færdselslovgivningen. I Danmark var han formentlig blevet reddet af trappestigemodellen, jf. udl. § 22, nr. 2.

Selv om det trinvise reguleringsprincip i udl. § 32, stk. 2 og 3, som nævnt forekommer at være i overensstemmelse med det i EMRK art. 8 indeholdte proportionalitetsprincip, så består proportionalitetsafvejningen ikke kun af en afvejning af den begåede kriminalitets art og grovhed over for indrejseforbuddets længde. Hvis den tendens, der i Danmark har været til skærpelser i strafferammer og udmålingspraksis, fortsætter, må det antages, at man vil nå et punkt, hvor andre afvejningsmomenter stiller sig i vejen for opretholdelse af de gældende regler i udl. § 32, stk. 2 og 3. Der forekommer ikke at være nogen oplagt uoverensstemmelse mellem EMD-praksis og dansk ret. Omvendt kan det ikke helt afvises, at der i visse af de sager, hvor der kun idømmes betinget udvisning efter udl. § 24 b, kunne anvendes tidsbegrænset udvisning i beskedent omfang, hvis reglerne var en anelse smidigere.[65]

3. Konklusion

Det må konkluderes, at der kun er et ganske begrænset råderum for skærpelser af reglerne om udvisning ved dom for kriminalitet. Beskyttelsesværnet i trappestigemodellen, jf. udl. §§ 22-24, kan indskrænkes eller afskaffes helt. Det vil dog som nævnt næppe have nævneværdig betydning, bl.a. fordi de groveste kriminalitetsformer allerede nu falder uden for trappestigemodellen, jf. udl. § 22, nr. 4-8. Endvidere kan det ikke afvises, at der i større omfang kan udvises, hvis domstolene bliver friere stillet i forhold til fastsættelsen af indrejseforbuddenes længde efter udl. § 32. Der vil dog givetvis kun være tale om enkelte grænsetilfælde. En afskaffelse eller indsnævring af trappestigemodellen vil måske kunne få betydning i forhold til fastsættelse af indrejseforbuddenes længde efter udl. § 32. Da de kriminalitetsformer, der ikke er omfattet af udl. § 22, nr. 4-8, ikke er af den mest alvorlige karakter, kunne der måske opstå uoverensstemmelse med proportionalitetsbetingelsen, hvis der knyttes uforholdsmæssigt lange indrejseforbud til den type lovovertrædelser.

Endelig kan lovgiver udtrykkeligt bede domstolene om at påtage sig en større procesrisiko end nu. Om det vil have reel betydning kommer an på, hvilke instrukser domstolene udstyres med. I den juridiske litteratur er det blevet hævdet, at domstolene bør holde sig på den sikre side af EMD-praksis, og der findes i højesteretspraksis eksempler på, at udvisning har været undladt, selv om det ikke med en betydelig grad af sikkerhed måtte antages, at EMD ville have statueret krænkelse, hvis der var blevet udvist. Der er dog tale om ældre afgørelser, som måske ikke er på linje med den praksis, som Højesteret har fulgt de senere år. Omvendt er der nyere afgø-

[65] Jf. også Mchangama, CEPOS-notatet, *op.cit.*, s. 8-9.

relser på udlændingeområdet, som tilsyneladende er udtryk for, at i hvert fald ikke alle dommere ved Højesteret holder sig tilbage fra at indbygge en sikkerhedsmargin i forhold til EMD-praksis med henblik på at sikre mod ansvar for konventionskrænkelse (f.eks. mindretallets afgørelse i *U.2010.1035H* og den enstemmige afgørelse i *U.2013.388H*). En legislativ indskrænkning af domstolens skønsmæssige råderum behøver ikke at begrænse sig til en instruks om ikke at gøre brug af en sikkerhedsmargin, men kan i princippet gå så vidt som til at pålægge domstolene at udvise, selv om det med en betydelig grad af sikkerhed vil være konventionsstridigt, men dog ikke noget, man kan sige »med sikkerhed«.

Rent principielt er det muligt at prøve grænser af på den måde. I praksis er det dog langt fra uproblematisk, idet der er en række overvejelser, man bør gøre sig i så henseende af både retssikkerhedsmæssig og procesøkonomisk karakter, for slet ikke at tale om de moralske aspekter. Sådanne overvejelser ses ikke at være gjort i forbindelse med vedtagelsen af Fez Fez-loven (lov nr. 758 af 29. juni 2011).

Er fysisk persons momspligt ved lejlighedsvis levering af tjenesteydelser udvidet ved ny EU-afgørelse?

af

Jette Thygesen

Der findes en righoldig praksis fra EU-Domstolen vedr. definition af begrebet afgiftspligtig person i momsmæssigt henseende. Nu har der imidlertid været rejst et præjudicielt spørgsmål vedr. en afgiftspligtig persons momsmæssige stilling i forbindelse med lejlighedsvis udøvelse af en anden økonomisk virksomhed end den, personen er momsregistreret for.

Således har EU-Domstolen i sag C-62/12 truffet en afgørelse vedrørende spørgsmålet:

»Skal en person, der er momspligtig i forbindelse med sit liberale erhverv, kun svare moms af de transaktioner, der er genstand for dennes sædvanlige økonomiske virksomhed, eller skal personen svare moms af alle andre økonomiske transaktioner, som denne person modtager en modydelse for, uanset om den sidstnævnte virksomhed kun udøves lejlighedsvis«.[1]

Domstolen afgør, at en fysisk person, der allerede er momspligtig af sin virksomhed, skal anses for afgiftspligtig af enhver anden økonomisk virksomhed, der udøves lejlighedsvis, på betingelse af, at denne virksomhed udgør virksomhed i henhold til momsdirektivet, artikel 9, stk. 1, andet afsnit.[2]

Spørgsmålet er, om den nye afgørelse udvider momspligten for afgiftspligtige personer.

[1] Sag C-62/12, Domstolens dom (Første Afdeling) af 13. juni 2013, Galin Kostov mod Direktor na Direktsia «Obzhalvane I upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite.

[2] Jf. Præmis 31, sag C-62/12, Domstolens dom (Første Afdeling) af 13. juni 2013, Galin Kostov mod Direktor na Direktsia «Obzhalvane I upravlenie na izpalnenieto» – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite.

1. Indledning

Sagen vedrører Galin Kostov, der driver selvstændigt erhverv som privat foged i Bulgarien. I forbindelse med denne virksomhed er han momsregistreret i henhold til momslovens artikel 96, stk. 1.[3]

Galin Kostov indgår en mandataftale med selskabet Bon Marin AD. I aftalen forpligter Galin Kostov sig til, som mandatar for Bon Marin AD, at afgive bud i forbindelse med tre auktioner over tre delvist bebyggede ejendomme. Han forpligter sig desuden til at overdrage ejendomsretten til disse ejendomme til Bon Marin AD.

I aftalen forpligter Bon Marin AD sig til at stille de økonomiske midler til rådighed, som er nødvendige for at gennemføre de aftalte køb, samt at betale Galin Kostov et vederlag på 50.000 BGN.[4] Vederlaget skal udbetales uanset, om Galin Kostovs bud bliver antaget eller ej. Vederlaget blev udbetalt på datoen for underskrivelsen af aftalen.

Efterfølgende afgør skattemyndighederne i Varna, at vederlaget på 50.000 BGN er omfattet af momspligten i momslovens artikel 12. Skattemyndighederne begrunder dette med, at Galin Kostov er en afgiftspligtig person, som har leveret en afgiftspligtig tjenesteydelse, jf. momslovens artikel 3, der har følgende ordlyd:

»1. Ved afgiftspligtig person forstås enhver, der selvstændigt udøver økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed.

2. Ved selvstændig økonomisk virksomhed forstås alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder, herunder minedrift og landbrug, samt virksomhed inden for liberale erhverv, herunder tillige virksomhed som privat foged og notar. Selvstændig økonomisk virksomhed omfatter ligeledes enhver virksomhed, der udøves regelmæssigt eller erhvervsmæssigt mod vederlag, herunder tillige ved udnyttelse af materielle eller immaterielle goder, med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter (...)«

Galin Kostov påklager afgørelsen og gør gældende, at den tjenesteydelse, han har udført, er lejlighedsvis, og ikke står i forbindelse med hans selvstændige økonomiske virksomhed som privat foged, hvilket er den eneste virksomhed, han er momsregistreret for.

I forbindelse med klagesagen er der rejst følgende præjudicielle spørgsmål: »Skal en fysisk person, der er momsregistreret på grund af sin virksomhed som privat foged, anses for afgiftspligtig i henhold til artikel 9, stk. 1 i momsdirektivet og forpligtet til at betale moms i henhold til direktivet,

[3] Artikel 96 i Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (den bulgarske momslov, herefter »momsloven«).

[4] Svarer til ca. 25.500 EUR.

artikel 193, for så vidt angår en lejlighedsvis tjenesteydelse, som ikke har forbindelse med hans virksomhed som privat foged«? [5]

2. Økonomisk virksomhed

For at kunne besvare dette spørgsmål, skal der først tages stilling til, om de ydelser, som Galin Kostov har leveret ifølge aftalen, er omfattet af begrebet økonomisk virksomhed som omhandlet i momsdirektivets artikel 9, stk. 1, og om han har leveret disse ydelser i egenskab af en afgiftspligtig person jf. artikel 2. [6]

Det skal bemærkes, at efter ordlyden af momsdirektivet, artikel 9, stk. 1, er begrebet afgiftspligtig person defineret i relation til begrebet økonomisk virksomhed. Det er nemlig eksistensen af en sådan virksomhed, der begrunder kvalifikationen af en afgiftspligtig person.[7]

Hvad der skal forstås ved økonomisk virksomhed, fremgår af momsdirektivet, artikel 9:

»Ved afgiftspligtig person forstås enhver, der selvstændigt, og uanset stedet, udøver økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed.

Ved økonomisk virksomhed forstås alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder, herunder minedrift og landbrug, samt virksomhed inden for liberale og dermed sidestillede erhverv. Ved økonomisk virksomhed forstås navnlig udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter«.

For at fastslå, om Galin Kostov har leveret en ydelse, der er omfattet af begrebet økonomisk virksomhed, skal der således tages stilling til, om den ydelse, han leverer, har til formål at skabe en indtægt af en vis varig karakter.

Ses der på retspraksis, så kan der lægges vægt på forskellige aspekter i begrebet. Således kan det, for det første, vægtes, at en virksomhed skal gennemføres med driftsformål eller med en kommerciel målsætning, der navnlig er karakteriseret ved et ønske om rentabilisering af den investerede kapital, før der er tale om en økonomisk virksomhed.[8] I sagen har Galin Kostov

[5] Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Administrativen sad (Bulgarien) den 7. februar 2012 – Galin Kostov mod Direktor na Direktsia »Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto« – grad Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite. EU-Tidende nr. C 118 af 21/04/2012 s. 0014 – 0014.

[6] Rådets direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (herefter »momsdirektivet«).

[7] Jf. f.eks. præmis 19, Sag C-32/03, Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 3. marts 2005.

[8] Jf. præmis 28, sag C-142/99, Domstolens dom (Første Afdeling) Floridienne SA og Berginvest SA mod den belgiske stat af 14. november 2000.

ikke et ønske om at forrente en investeret kapital, da Bon Marin AD stiller økonomiske midler til rådighed for den investering, der skal foretages. Således er det Bon Marin AD, der har et ønske om rentabilisering af den investerede kapital.

En anden definition af økonomisk virksomhed kan drages af retspraksis, nemlig den, at der ved økonomisk virksomhed forstås en aktivitet, der kan udøves af en privat virksomhed på et marked, som tilrettelægges i en professionel ramme, og i almindelighed er drevet af et ønske om at opnå fortjeneste«.[9]

Det er således ikke et krav, at aktiviteten skal indbringe et overskud, men det er tilstrækkeligt, at der er et ønske om at opnå en fortjeneste. Medmindre en tjenesteydelse er leveret med baggrund i velgørende formål, eller ud fra private interesser, må det anses for sandsynligt, at leveringen foretages ud fra et ønske om at opnå en eller anden form for fortjeneste. Dette er også tilfældet med mandataftalen. Således fremgår det af sagen, at Galin Kostov har leveret en ydelse til Bon Marin AD mod et vederlag på 50.000 BGN. Mandataftalen må anses for at være udøvet på et marked, der er tilrettelagt i en professionel ramme, og med ønsket om at opnå en fortjeneste. Ud fra disse kriterier opfylder mandataftalen betingelserne for at blive anset som økonomisk virksomhed.

3. Lejlighedsvis

Spørgsmålet er dernæst, om den ydelse, Galin Kostov leverer denne ene gang, er så lejlighedsvis, at den ikke kan siges at have til formål at indbringe en indtægt af en vis varig karakter.

Der er i lovgivningen og Domstolens praksis holdepunkter for at antage, at der findes en særlig momsordning for lejlighedsvise transaktioner, uden at den defineres nærmere.[10]

For at fortolke begrebet lejlighedsvis, kan der tages udgangspunkt i momsdirektivet, artikel 9 og 12. Spørgsmålet er, om »...udnyttelse af et materielt eller immaterielt gode med henblik på opnåelse af en indtægt af en vis varig karakter« skal fortolkes således, at det udelukker muligheden for at opkræve moms af en virksomhed, der udøves lejlighedsvis.

Generaladvokaten fastslår, at begrebet varigt, i momsdirektivet, anvendes på indtægt og ikke på selve virksomheden, idet han fremhæver, at »i momsdirektivet anvendes begrebet varig i øvrigt kun i forbindelse med et konkret

[9] Jf. i denne retning præmis 10, sag C-8/03. Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse i BBL-sagen, dom af 21.10.2004, og præmis 19, sag C-155/95, Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Wellcome Trust-sagen, dom af 20.6.1996.

[10] Præmis 35. sag C-62/12, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Wathelet fremsat den 28. februar 2013 (1) Galin Kostov mod Direktor na Direktsia »Obzhalvane I upravlenie na izpalnenieto« – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite.

eksempel på en økonomisk virksomhed, nemlig udnyttelse af materielle eller immaterielle goder, og det finder ikke anvendelse på selve virksomheden, men på indtægterne fra denne særlige virksomhed.[11]

Det kan umiddelbart være vanskeligt at se, hvordan man kan skille de to begreber ad. Hvis indtægten ikke er af en (vis) varig karakter, er der næppe tale om en virksomhed, der kan anses for at være en økonomisk virksomhed i momsmæssig forstand.

Dette må også kunne udledes af momsdirektivets artikel 12, hvoraf det fremgår, at medlemsstaterne har mulighed for at anse »enhver, der lejlighedsvis udfører en transaktion henhørende under de i artikel 9, stk. 1, 2. afsnit omhandlede former for virksomhed« som afgiftspligtig person. Det må således forudsætte, at det, der udøves, er en økonomisk virksomhed, hvilket, ifølge artikel 9, stk. 1, kræver »opnåelse af indtægter af en vis varig karakter«. Dermed må mandataftalen, som Galin Kostov indgår med Bon Marin AD og kun udøver en enkelt gang, selv om der opnås en indtægt, ikke kunne anses for at opfylde kriteriet »indtægt af en vis varig karakter«. Denne tolkning vil medføre, at Galin Kostov ikke kan anses for at være en afgiftspligtig person i forbindelse med aftalen, og dermed ville han ikke være momspligtig, hvis det var den eneste tjenesteydelse, han ydede.

Spørgsmålet er imidlertid, om artikel 12 i momsdirektivet overhovedet kan anvendes på en situation, hvor personen allerede er en afgiftspligtig person pga. anden virksomhed. Således bemærker generaladvokaten, at »eftersom medlemsstaterne ifølge artikel 12 kan »anse« enhver, der lejlighedsvis udfører en transaktion henhørende under de i momsdirektivet, artikel 9, omhandlede former for virksomhed som afgiftspligtig person, kan dette pr. definition kun gælde for personer, der ikke allerede er momspligtige«[12]

Dermed kan artikel 12 ikke anvendes i Galin Kostov sagen. Galin Kostov er allerede en afgiftspligtig person, og der er ikke behov for at »anse« ham for at være det i henhold til artikel 12.

Den momspligt, som Galin Kostov ifalder, er dermed udelukkende begrundet i, at Galin Kostov allerede er momsregistreret for anden virksomhed.

Ses der på den domspraksis, som findes vedr. definitionen af begrebet økonomisk virksomhed i forbindelse med udøvelsen af lejlighedsvise transaktioner, så vægtes det også her, at indtægten skal være af en vis varig karakter. Således fremgår det allerede af Renate Enkler-sagen, at begrebet

[11] Jf. præmis 38-39, sag C-62/12., Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Wathelet fremsat den 28. februar 2013 (1) Galin Kostov mod Direktor na Direktsia »Obzhalvane I upravlenie na izpalnenieto« – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite.

[12] Jf. præmis 41, sag C-62/12, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Wathelet fremsat den 28. februar 2013 (1) Galin Kostov mod Direktor na Direktsia »Obzhalvane I upravlenie na izpalnenieto« – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite.

økonomisk virksomhed indgår i såvel første som andet punkt i artikel 4, stk. 2[13], hvilket medfører, at det ikke omfatter virksomhed, der udøves lejlighedsvis.[14] Domstolen tager i Enkler-sagen ikke direkte stilling til, om de transaktioner, Renate Enkler foretog, skulle anses for økonomisk virksomhed i momsdirektivets forstand. Domstolen opremser derimod en række omstændigheder, der skal tages hensyn til ved besvarelsen af dette spørgsmål. Disse omstændigheder er bl.a. det pågældende godes art, forbindelsen til den normale økonomiske virksomhed, virksomhedens varighed, kundekredsens omfang og indtægternes størrelse.[15]

Anvendes disse kriterier således på mandataftalen, kan det konstateres, at aftalen ikke har nogen forbindelse til Galin Kostovs momspligtige virksomhed som privat pantefoged. Virksomheden er en enkeltstående tjenesteydelse, der alene omfatter én kunde, men indtægten er efter bulgarske forhold høj. Ud fra disse kriterier kan det således ikke antages, at mandataftalen er omfattet af momspligt, jævnfør momsdirektivet.

Det skal dog erindres, at der er en væsentlig forskel på Renate Enkler og Galin Kostov, idet Renate Enkler ikke var en afgiftspligtig person i forbindelse med anden virksomhed, men derimod lønmodtager.

At samtlige omstændigheder bør inddrages, når det skal konstateres, om en handling kan karakteriseres som en økonomisk virksomhed i momsmæssig forstand, understreger domstolen i Słaby-dommen.[16] I Słaby-dommen var spørgsmålet, om en landmand, der momsfrit havde erhvervet et landbrugsareal, som efter en ændring af byplanlægningen var blevet omdannet til byggegrunde, var momspligtig i forbindelse med salget af disse byggegrunde.[17] Landmanden havde foretaget en udstykning og løbende solgt 64 parceller.

Det fremgik ikke klart af fremlæggelsesskrivelsen, om Polen havde benyttet sig af muligheden i artikel 12 for at opkræve moms af personer, der lejlighedsvis udfører transaktioner. Derfor gennemgik Domstolen omstændighederne i sagen med henblik på at kvalificere salget af det omhandlede areal enten som indehaverens almindelige udøvelse af sin ejendomsret, hvor in-

[13] Nu momsdirektivet, artikel 9, stk. 1.

[14] Jf. præmis 20, sag C-230/94, Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 26. september 1996. Renate Enkler mod Finanzamt Homburg.

[15] Jf. præmis 24-29, sag C-230/94, Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 26. september 1996. Renate Enkler mod Finanzamt Homburg.

[16] Jf. Forenede sager C-180/10 og C-181/10 Jarosław Słaby mod Minister Finansów og Emilian Kuć og Halina Jeziorska-Kuć mod Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie.

[17] Jf. præmis 26, forenede sager C-180/10 og C-181/10 Jarosław Słaby mod Minister Finansów og Emilian Kuć og Halina Jeziorska-Kuć mod Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie.

dehaveren handler som privatperson, eller som en økonomisk virksomhed, der udøves af en afgiftspligtig person.

I Słaby-dommen fastslår domstolen, at omfanget af salg ikke kan være et kriterium for en sondring mellem en som privatperson handlende erhvervsdrivendes aktiviteter, der falder uden for direktivets anvendelsesområde, og en erhvervsdrivendes aktiviteter, hvis transaktioner udgør en økonomisk virksomhed.[18]

At omfanget af transaktioner ikke er en afgørende faktor fremgår også af Wellcome Trust Ltd-dommen. Wellcome Trust fonden foretog Englands største aktiesalg, men transaktionerne kunne alligevel ikke anses for at være økonomisk virksomhed i momsdirektivets forstand. [19]

Dermed fastslår Domstolen, at en erhvervsdrivende, uanset omfanget af transaktioner, kan handle både som erhvervsdrivende og som privatperson og dermed foretage handlinger, som ligger både uden for og inden for momsdirektivets område. Derfor må det være handlingens karakter, der er afgørende for, om der er tale om økonomisk virksomhed, som er omfattet af momsdirektivet, og ikke omfanget af transaktioner.

Hvis dette overføres til mandataftalen, som Galin Kostov indgik, vil det være karakteren af den tjenesteydelse, Kostov leverede, der er afgørende for, om der er tale om en økonomisk virksomhed i momsmæssig forstand. Som tidligere nævnt må mandataftalen, ud fra sin karakter, anses for at være en økonomisk virksomhed, da den er udøvet på et marked, der er tilrettelagt i en professionel ramme, og med ønsket om at opnå en fortjeneste. Det, at Galin Kostov kun udøver tjenesteydelsen en enkelt gang, er således ikke afgørende for momspligten.

4. Handlet i egenskab af afgiftspligtig person

Endelig skal Galin Kostov dog også have handlet i egenskab af afgiftspligtig person i forbindelse med handlingen, før han er afgiftspligtig, jf. artikel 2 i momsdirektivet. Spørgsmål er således, om Galin har handlet i egenskab af en afgiftspligtig person, da han yder den tjenesteydelse, der var aftalt i mandataftalen, selvom den ikke indgik i hans sædvanlige fogedvirksomhed.

Tages der udgangspunkt i Galin Kostovs momspligtige virksomhed, som er privat foged, fremgår det af artikel 2 i Zakon za chastnite sadebni izpalniteli (lov om privat fogedvirksomhed), at »en privat foged« er personer, som

[18] Jf. præmis 37, forenede sager C-180/10 og C-181/10 Jarosław Słaby mod Minister Finansów og Emilian Kuć og Halina Jeziorska-Kuć mod Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie. Se også præmis 37, sag C-155/94, Wellcome Trust.

[19] Sag C-155/94, Domstolens dom (Femte Afdeling) af 20. juni 1996. – Wellcome Trust Ltd mod Commissioners of Customs and Excise. – Anmodning om præjudiciel afgørelse: Value Added Tax Tribunal, London – Forenede Kongerige. – Sjette momsdirektiv – Begrebet økonomisk virksomhed.

staten har givet til opgave at tvangsinddrive private fordringer. Galin Kostov handlede derfor ikke som privat foged og udøvede heller ikke sine lovfæstede beføjelser som privat foged, da han indgik og opfyldte mandataftalen. [20]

Når Galin Kostov således ikke handlede i egenskab af privat foged, er spørgsmålet, om det friholder ham fra at handle i egenskab af en afgiftspligtig person.

Domstolen fastslår i præmis 28, at dette ikke er tilfældet. Således fremgår det, at »selvom det er korrekt, at en modsætningsslutning ved fortolkningen af momsdirektivet, artikel 12, stk. 1, kan medføre, at en person, der kun lejlighedsvis udfører en transaktion, der normalt foretages af en producent, handlende eller tjenesteyder, i princippet ikke kan anses for en afgiftspligtig person i henhold til dette direktiv, følger det imidlertid ikke nødvendigvis af denne bestemmelse, at den afgiftspligtige person, inden for en bestemt form for virksomhed, der lejlighedsvis udfører en transaktion henhørende under en anden form for virksomhed, ikke skal svare moms af denne transaktion«. Domstolen anfører således, at en person skal svare moms af en anden form for virksomhed, end den vedkommende er momsregistreret for, da Domstolen anser vedkommende for at handle i egenskab af en afgiftspligtig person, uanset om transaktionen ligger uden for vedkommendes »normale« virksomhed.

Dette argument bygger domstolen på præmis 13 til momsdirektivet, hvoraf det fremgår, at »begrebet afgiftspligtig person bør defineres således, at medlemsstaterne, for at sikre afgiftens neutralitet, har mulighed for at lade det indbefatte personer, der foretager lejlighedsvise transaktioner«.

Ses der på retspraksis, så fremgår det af generaladvokatens forslag i Wellcome Trust-sagen, at »selv om personen imidlertid står som en afgiftspligtig person – således som sagsøgeren er det for så vidt angår salget af bøger og fotografier – kan han ikke være en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab, når han forvalter sin private formue«.[21] Dermed kan en afgiftspligtig person godt foretage transaktioner, der ikke er omfattet af momspligten, men det forudsætter, at transaktionerne ikke er omfattet af begrebet økonomisk virksomhed, men derimod er foretaget som en del af forvaltningen af den private formue.

Da det tidligere er slået fast, at den tjenesteydelse, Galin Kostov udøver i forbindelse med mandataftalen, er en økonomisk virksomhed i momsdirektivets forstand, og ikke en transaktion han foretager som led i sin personlige

[20] Jf. præmis 31, sag C-62/12, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Wathelet fremsat den 28. februar 2013 (1) Galin Kostov mod Direktor na Direktsia »Obzhalvane I upravlenie na izpalnenieto« – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite.

[21] Jf. præmis 35, sag C-155/94 Forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz fremsat den 7. december 1995. Wellcome Trust Ltd mod Commissioners of Customs and Excise.

formueforvaltning, er det helt i overensstemmelse med den foreliggende retspraksis, at Domstolen anser Galin Kostov for at handle som en afgiftspligtig person, også selv om han ikke handler inden for sin sædvanlige virksomhed.

Det kan således konstateres, at dommen ikke udvider momspligten for afgiftspligtige personer.

Om loyalitet, forvaltningsretlige principper og det offentliges retssagsførelse

af

Frederik Waage

1. Indledning

Skal Kammeradvokaten vinde for enhver pris – eller skabe retfærdighed for borgeren?

Spørgsmålet blev stillet til den nuværende kammeradvokat i et længere interview i Advokaten fra 2012.[1] Retfærdighed er jo noget af en størrelse at forholde sig til, og Kammeradvokaten svarede – forståeligt nok – ikke direkte på spørgsmålet. Han udtalte dog blandt andet, at hans kontor var »ret gode« til at lukke sager uden dom, hvis det var overvejende sandsynligt, at klienten – altså staten – ville tabe dem. Det private advokatfirma Poul Schmith, der siden 1936 har varetaget hvervet som kammeradvokat, vinder da også hovedparten af de retssager, firmaet fører. I et jubilæumsskrift for advokatkontoret fra 2010 præsenteredes en farverig graf, der angav, at staten, i det foregående års første tre kvartaler, havde lidt nederlag til borgeren 83 gange, men sejret over borgeren hele 574 gange.[2] Kammeradvokaten lykønskede i skriftet sine medarbejdere under overskriften: »Man må gerne hjælpe heldet lidt på vej ved at gøre sig umage«.[3]

At Kammeradvokatens medarbejdere gør sig umage med at hjælpe heldet på vej, hersker der ikke nogen tvivl om. Kontoret er kendt for sine dygtige advokater, der gør en god figur i og uden for de danske retssale. Danske dommere er begejstrede for Kammeradvokatens processkrifter, der er gennemarbejdede, og »går spadestikket dybere.« Det er en udbredt opfattelse ved domstolene, at en tilbundsgående retssagsbehandling af f.eks. komplicerede skattesager vanskeligt kunne gennemføres uden Kammeradvokatens grundige processkrifter, der dog i sagens natur altid er partsindlæg. De mange embedsmænd, som Kammeradvokaten samarbejder med, virker lige-

[1] Se Advokaten nr. 2, Advokatsamfundet, 2012, side 20ff.

[2] Status, tanker og triumfer som kammeradvokat. Advokatfirmaet Poul Schmith, 2010, side 38.

[3] Op.cit., side 2.

ledes overvejende tilfredse med kammeradvokatordningen. Over for borgeren fremstår Kammeradvokaten som en formidabel modstander, der til fulde matcher hovedstadens andre store advokatkontorer. Firmaets succeser ved domstolene skyldes ikke kun, at dets advokater har en afgørende indflydelse på de embedsmænd, der skal træffe beslutning, om staten skal forlige eller »tage bekræftende til genmæle« i potentielle »taber-sager«. Succeserne skyldes heller ikke kun, at mange af sagerne er »vinder-sager«, der på forhånd har været genstand for en omfattende administrativ juridisk sagsbehandling. Advokatfirmaet Poul Schmith har med sin grundlæggende ekspertise og uovertrufne erfaring med statens retssagsførelse utvivlsomt en betydelig del af »æren« for de høje succesrater i statens retssager mod borgeren.

Kammeradvokatens særlige rolle i den danske civilproces giver imidlertid anledning til at stille visse principielle spørgsmål. Nogle af disse kunne f.eks. formuleres som følger:

Giver det nogen mening at omtale en dom, hvor borgeren får medhold i sin fortolkning af en af Folketinget vedtaget lov, som et »nederlag« for staten? Må statens advokat, ud fra et *opportunistisk* synspunkt, undgå at fremlægge for staten velkendte sagsoplysninger, som borgerens advokat imidlertid ikke er bekendt med, og som ville afgøre sagen til borgerens fordel? Handler det, at føre retssager på vegne af staten, alene om at undgå at tabe retssager? Må statens advokat strategisk udnytte en uvidenhed hos borgeren om en forestående forældelse – og trække en forhandling i langdrag, så borgeren lider et retstab, når forældelsen indtræder? Kan det passe, at den vejledningspligt, der ellers gælder i forvaltningsretten, ikke vil gælde for statens advokat i en sådan eller lignende situationer?

1.1. Kammeradvokaten og forvaltningsretten

Man kunne godt forledes til at svare bekræftende på disse spørgsmål, hvis man læser Skatteministeriets retssagsvejledning.[4] Heraf fremgår det, at Kammeradvokaten skal vurdere alle henviste sager og føre dem til hovedforhandling uden yderligere instrukser, hvis Kammeradvokaten vurderer det for overvejende sandsynligt, at det vil føre til et gunstigt resultat for Skatteministeriet.[5] Vejledningen blev i 2011 kritiseret af Advokatrådets Skatteudvalg i en redegørelse om retssikkerhed på skatteområdet.

Advokatrådet fandt, at Skatteministeriet som offentlig myndighed ikke burde have nogen interesse i at vinde retssager, »men alene en interesse i at fastslå, hvad der er den korrekte retsstilling«[6]

Statens advokat skal naturligvis overholde de advokatetiske regler ligesom alle andre advokater. Herudover kan man, i tilslutning til Advokatrå-

[4] Skatteministeriets retssagsvejledning af 21. december 2012 (SKM2012.756).

[5] Retssagsvejledningen op.cit., punkt 3.1.

[6] Retssikkerhed på skatteområdet, Advokatsamfundet, 2011, side 10.

dets udtalelse, spørge, om det påhviler det offentliges retssagsbehandlere at medvirke til, at dommeren når frem til den i substansen rigtige afgørelse med udgangspunkt i en saglig procesførelse, under indflydelse af (nogle af de) regler og principper, der gælder i forvaltningsretten. Dette spørgsmål vedrører nok til en vis grad den eksisterende kammeradvokatordning. Men mest af alt vedrører spørgsmålet den måde, retssager mellem stat og borger er organiseret på i Danmark.

2. Den danske forvaltningsretsplejes grundprincipper

2.1. Forhandlingsprincippet og materiel procesledelse

Når det offentlige behandler forvaltningsretlige klagesager, er borgeren som bekendt sikret af en række regler for god sagsbehandling. Som eksempel kan nævnes forvaltningslovens bestemmelser om partshørings- og vejledningspligt. Reglerne har blandt andet til hensigt at afbalancere det ulige styrkeforhold, der er mellem borger og stat. Forvaltningslovens sagsbehandlingsregler skal blandt andet sikre, at det offentlige ikke handler ensidigt. Gennem de såkaldte garantiforskrifter (f.eks. reglerne for partshørings- og begrundelsespligt) forpligtes det offentlige til også at vurdere sagen ud fra borgerens synsvinkel. Reglerne, der udmønter principper om saglig behandling af borgeren, gælder indtil den højeste rekursinstans måtte have truffet endelig afgørelse i forvaltningssagen. Kommer sagen herefter til domstolene, er det den almindelige opfattelse, at retsforholdet mellem borger og myndighed markant skifter karakter. De civilprocessuelle regler forstås normalt således, at de har et andet sigte end de nævnte forvaltningsretlige regler. Retsplejelovens såkaldte *forhandlingsprincip* dominerer nemlig civilprocessen. Princippet er nærmere fastslået i retsplejelovens § 338, hvoraf følger, at retten ikke kan tilkende en part mere, end parten har krævet, ligesom retten, med få undtagelser, kun kan tage hensyn til det, parten har gjort gældende i retten. Der består ganske vist en mulighed for dommeren til at gribe ind i parternes fremstilling af en sag i kraft af den såkaldte materielle procesledelse.[7] Men denne beføjelse, der primært baserer sig på muligheden for at stille opklarende spørgsmål til parterne, har snævre grænser. Dommeren er, i indbragte forvaltningssager, i betydeligt omfang afhængig af fyldestgørende processkrifter og retvisende bidrag fra parterne.

2.2. Fraværet af et undersøgelsesprincip

I modsætning til i f.eks. Tyskland og Sverige, hvor offentligretlige retssager behandles ved forvaltningsdomstole, gælder der således ikke et egentligt

[7] Se generelt om materiel procesledelse, *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen* og *Lasse Højlund Christensen*, Den civile retspleje, 2012, side 84f samt *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, Civilprocessen, 7. udgave, 2013, side 582ff. Se tillige *Finn Taksøe-Jensen*, Materiel Procesledelse, 1976, navnlig side 505ff.

undersøgelsesprincip for behandlingen af offentligretlige sager i den danske civilproces, hvorefter dommeren – også på eget initiativ – har medansvar for sagens rette oplysning. Den danske ordning baserer sig derimod på parternes frie ret til at disponere over deres sag, og den materielle sandheds princip, som kendes fra strafferetten, gælder ikke i civile retssager. En procesform baseret på parternes frie dispositionsret kan give god mening, når der er tale om jævnbyrdige parter, der er uenige om et økonomisk mellemværende. Men man kan stille spørgsmålet, om en sådan procesform egner sig til retstvister mellem offentlige myndigheder og borgere, der normalt ikke er jævnbyrdige. Den danske civile retsplejeordning er grundlæggende ikke organiseret med henblik på facilitering af retssager mellem stat og borger, men derimod retssager mellem private.[8] Retstvister, der f.eks. drejer sig om tvangsmæssig anbringelse af et barn, behandles efter samme processuelle regler som retssager om entrepriseretlige mangler ved et byggeri, uanset sagernes materielle forskellighed.

3. Retssagsbehandlingens særlige karaktertræk

Kammeradvokatens salær beregnes i lands- og højesteretssager efter de sædvanlige salær-kriterier, der gælder for private advokaters aflønning i civile retssager. I overensstemmelse med retspraksis på det privatretlige område opkræves honoraret med vægt på det »opnåede resultat, sagens beskaffenhed og arbejdets omfang«.[9] At statens advokat i praksis tildeles et højere salær, afhængigt af, om sagen »vindes eller tabes«, uanset om der er tale om en privat- eller offentligretlig sag, understreger, at også taktisk-betonede resultater belønnes under den gældende kammeradvokatordning.

Og det kan naturligvis ikke bebrejdes Kammeradvokaten, at kontorets målsætning er at vinde over borgeren. Det ville være mærkeligt, hvis en advokat skulle gå i retten uden et ønske om at vinde klientens sag. Opdelingen af retssagens parter i »tabere og vindere« kan da også finde støtte i retsplejelovens § 312, der netop opererer med begrebet »tabende« part ved beregningen af sagsomkostninger. At partens helt snævre og taktiske interesse i at vinde en sag, på den anden side, ikke ydes beskyttelse i dansk procesret følger dog blandt andet af det forhold, at en procespart ikke under henvisning til »væsentlig skade« i vidnefritagelsesreglen jf. retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3, kan modsætte sig en editionsbegæring efter retsplejelovens § 298, stk. 1, *alene* fordi sagens rette sammenhæng opdages ved fremlæggelse af dokumentet.[10]

[8] *Pernille Boye Koch* berører blandt andet dette emne i U 2005B.1 og U 2001B.283. Der henvises i sidstnævnte artikels note 11 til eksempler fra den procesretlige litteratur angående emnet.

[9] Jf. f.eks. U 2005.743 H og U 1999.1414/2 H.

[10] Jf. *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, op.cit., side 713.

3.1. Retssagens rollefordeling

Retssagens grundlæggende organisering medfører, at sagsbehandlingen – hvad enten denne varetages af en advokat eller undtagelsesvis en embedsmand[11] – adskiller sig fra andre former for administrativ sagsbehandling. Procespartens (advokats) opgave er – i forening med modparten – at frembringe materiale, der skal forelægges dommeren med henblik på dommerens bedømmelse. I modsætning til forvaltningens behandling af traditionelle sagsbehandlingsopgaver, er formålet *ikke* at forberede sagsbehandlerens *egen* afgørelse i sagen. Retssagsbehandlingen kan derfor umiddelbart sammenlignes med de sagsbehandlingsformer, der indebærer forberedelse af en afgørelse, truffet af en »udenforstående«, som f.eks. hvor en juridisk sagsbehandler i et nævnssekretariat forbereder en indstilling til nævnet. Forberedelsen af en nævnsafgørelse er dog væsensforskellig i forhold til retssagsbehandlingen, der har til formål at frembringe materiale, der bogstaveligt talt udgør et partsindlæg i den verserende sagsbehandling. I modsætning til forvaltningens almene sagsforberedelse, der stiler mod etableringen af et *afbalanceret* grundlag for en afgørelse, baserer retssagsbehandlingen sig på den grundlæggende forudsætning for udfærdigelsen af det civilprocessuelle partsindlæg, at modpartens advokat vil fremkomme med et modsatrettet indlæg, således at retten får et ligevægtet oplysningsgrundlag at fælde dom på. Det er altså en underforstået *forudsætning* for udfærdigelsen af det civilprocessuelle partsindlæg, at modpartens advokat vil fremkomme med et modindlæg.[12]

4. Problemer ved den gældende danske procesordning

Uanset denne i procesformen indbyggede afbalancering, kan der imidlertid argumenteres for, at det danske civilprocessuelle retssystem i nogen grad fremstår svækket af det forhold, at der ikke gælder noget undersøgelsesprincip for dommere, sammenholdt med, at det er statens advokats opgave at optræde ensidigt. Der kan argumenteres for, at denne svækkelse hovedsageligt kan afhjælpes på to måder. *For det første* kan undersøgelsesprincippet, gennem en processuel reform, i videre udstrækning indføres ved de danske domstole i offentligretlige sager. Dommeren ville i dette scenarie blive til-

[11] I centraladministrationen findes i slutningen af 2013 kun en enkelt myndighed, der regelmæssigt optræder som selvmøder i civile sager ved domstolene efter reglerne i retsplejelovens § 260, nemlig Forbrugerombudsmandens kontor. Esbjerg Kommune er i øjeblikket så vidt vides den eneste kommunale myndighed, der opretholder en permanent ordning, hvor byretssager (men ikke sager for øvrige domstole) varetages af interne jurister.

[12] Om den »ensidige« retssagsførelse, se nærmere *Henrik Zahle*, Det juridiske bevis, 1976, navnlig side 633f.

delt en mere aktiv rolle i procesledelsen og sagsopklaringen.[13] *For det andet* kan nogle af de ulemper, der er forbundet med den manglende anvendelse af undersøgelsesprincippet, kompenseres gennem en øget opmærksomhed på de krav af forvaltningsretlig karakter, der gælder for personer, der forestår retssagsførelse på vegne af offentlige myndigheder i civile retssager. Førstnævnte løsningsforslag vil kræve omfattende ændringer i den nugældende domstolsordning, grundet de grundlæggende hensyn, der ligger bag denne ordning. De lande, der opererer med et undersøgelsesprincip i forvaltningsretsplejen, har som regel dette princip forankret i et forvaltningsdomstolssystem. Men en indførelse af forvaltningsdomstole i dansk ret, med henblik på understøttelsen af et udvidet undersøgelsesprincip, vil stride mod en lang praksis for anvendelse af generalistdommere ved domstolene. Generalistprincippet har fortsat overvældende støtte i teori og praksis.[14] Hertil kommer, at den danske grundlov vanskeliggør opbyggelsen af et selvstændigt forvaltningsdomstolssystem, som kendt fra f.eks. Frankrig, Sverige og Tyskland, eftersom grundlovens § 63, stk. 2 forudsætter, at Højesteret skal være øverste instans for de forvaltningsdomstole, der eventuelt måtte blive oprettet. Umiddelbart forekommer det andet løsningsforslag derfor lettere realiserbart.

4.1. Krav af forvaltningsretlig karakter til staten som procespart

4.1.1. Henrik Zahle og Bent Christensen

Henrik Zahle skrev i en artikel fra 1979, at offentlige myndigheder ikke kunne fritages fra at leve op til de krav, der i almindelighed stilles til forvaltningsakter, blot ved at overlade det til en advokat at føre sagen.[15] Der måtte på dette punkt – ifølge Zahle – gælde de samme regler for en forvaltningsmyndighed som for anklagemyndigheden. Også Bent Christensen tilsluttede sig sidenhen det synspunkt, at der må gælde et egentligt objektivitetsprincip for statens advokat.[16] Dette svarede ifølge Christensen til anklagemyndighedens objektivitetsprincip efter retsplejelovens § 96, stk. 2.

4.1.2. Jon Stokholms kritik af teorien om et objektivitetsprincip

Disse lidt ældre udtalelser, der relaterer sig til Kammeradvokatens og andre myndighedsadvokaters rolle, er, over de senere år, ofte blevet citeret i den

[13] *Erik Werlauff* offentliggjorde i Juristen nr. 3, 2001, side 77ff, et detaljeret forslag til indførelsen af et mere videregående undersøgelsesprincip i forvaltningsretsplejen. Werlauff var på daværende tidspunkt medlem af Retsplejerådet, men forslaget førte ikke til nye lovgivningsinitiativer på området.

[14] Se f.eks. Retsplejerådets betænkning 1401: Reform af den civile retspleje I, 2001, side 31.

[15] *Henrik Zahle*, Om de civile domstoles behandling af offentligretlige sager, 1979, side 313ff.

[16] *Bent Christensen*, Forvaltningsret, domstolsprøvelse af forvaltningsakter, 1988, side 24.

juridiske litteratur, men de blev i 2012 kategorisk tilbagevist af højesteretsdommer Jon Stokholm. I Højesterets 350-års jubilæumsskrift påpegede han blandt andet, at Kammeradvokaten mødte for at vinde retssagen for sin klient, ligesom Kammeradvokaten »ikke er en generaladvokat, således som det kendes fra de frankofone retssystemer og EU-domstolen i Luxembourg, i form af en neutral, udefrakommende, objektiv vejleder for retten.«[17] Kammeradvokatens stilling kunne, ifølge Jon Stokholm, heller ikke sammenlignes med anklagemyndighedens stilling efter den nævnte bestemmelse i retsplejeloven. Jon Stokholm fremkom ikke med en nærmere begrundelse for sin kategoriske afvisning af sammenligningen mellem Kammeradvokaten og anklagemyndighedens stilling. Men det var Jon Stokholms opfattelse, at kammeradvokaten »ligesom alle andre advokater«, skulle være sig bevidst om, hvem klienten var, og at kammeradvokaten skulle udvise »samme ansvar og loyalitet som andre advokater.« Navnlig højesteretsdommerens henvisning til loyalitet er det her værd at fæstne sig ved. Kravet om loyal optræden over for modparten gennemsyrer nemlig ikke bare de advokatetiske regler.[18] Loyalitetspligten er tillige en integreret del af den danske civilprocesordning, hvilket nærmere uddybes nedenfor i afsnit 5.

4.1.3. Objektivitetsprincippet og det praktiske retsliv

Objektivitetsprincippet, som Zahle og Christensen henviste til, er et sagsbehandlingsprincip, der henhører under strafferetsplejen. Men på trods af de markante forskelle på strafferetsplejen og den civile retspleje forekommer sammenligningen mellem anklageren og statens civile advokat på nogle områder meget nærliggende. Tilsidesætter et besætningsmedlem groft sine pligter om bord på et luftfartøj eller et skib, kan retten til at gøre tjeneste ombord inddrages af myndighederne. Både efter luftfartsloven og skibsbesætningsloven kan medlemmet kræve, at en sådan inddragelse indbringes for retten. Efter luftfartslovens § 150, stk. 6, skal anklagemyndigheden herefter rejse tiltale efter de straffeprocessuelle regler. Derimod skal inddragelsen efter skibsbesætningslovens § 22, stk. 3, prøves ved et søgsmål i den borgerlige retsplejes former. Dette indebærer, at Søfartsstyrelsens partsrepræsentant, i praksis Kammeradvokaten, iværksætter et civilt søgsmål, idet der udtages stævning mod besætningsmedlemmet. Indgrebene over for hvert besætningsmedlem forekommer lige intensive; der er i begge tilfælde tale om forvaltningsretlige afgørelser, der kan føre til en rettighedsfrakendelse. At lovgiver ikke desto mindre alene har ladet de straffeprocessuelle regler, og herunder objektivitetsprincippet efter § 96, stk. 2, gælde for ansatte underlagt luftfartsloven, har næppe i sig selv været tilsigtet. Henset til intensi-

[17] *Jon Stokholm*, Højesterets funktion som domstol på skatteområdet siden ca. 1960, Højesteret gennem 350 år, 2011, side 351 ff..

[18] Se til eksempel de advokatetiske regler, punkt 2.1.

teten af indgrebet, der kan sammenlignes med en rettighedsfrakendelse jf. straffelovens § 79, vil domstolene muligvis forvente, at statens advokat lever op til de samme retsgarantier, som gælder for anklagemyndigheden. Noget kunne således tale for at anvende et civilprocessuelt objektivitetsprincip i en sådan situation.

4.1.4. Forvaltningsretsprincippers virkning i retsplejen

Jon Stokholms synspunkter kan imidlertid ikke blot herved affejes. Bent Christensens og Henrik Zahles ofte citerede analogislutning til retsplejelovens § 96, stk. 2 forekommer af begrænset rækkevidde. Den passer måske nok på visse enkelt-situationer, som de ovenfor nævnte, men kan vanskeligt overføres på de talrige processuelle problemstillinger, der opstår, hvor staten optræder som både part og myndighed. Dette er nok også grunden til, at objektivitetsprincippet sjældent ses påberåbt i retspraksis. En bredere tilgang end den, der udtrykkes i den citerede forvaltningsretlige teori angående objektivitetsprincippet i civilprocessen, forekommer derfor påkrævet. Den første konsekvens af denne videreudvikling vil være, at opmærksomheden løftes ud over det begrænsede objektivitetsprincip for den offentlige myndighed som civilprocessuel part, og at princippet i stedet indrangeres blandt de øvrige principper, der sammenfattende er gældende for »saglig offentligretlig sagsbehandling.« Spørgsmålet, der skal stilles, er herefter ikke, om objektivitetsprincippet gælder i civilprocessen, når den offentlige myndighed er procespart. Spørgsmålet er snarere, om objektivitetsprincippet, lighedsprincippet, magtfordrejningsforbuddet, proportionalitetsprincippet, partshøringspligten, vejledningspligten og øvrige forvaltningsprincipper kan finde anvendelse civilprocessuelt – og forpligte staten som procespart.

At offentlige myndigheder også processuelt er bundet af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger følger eksempelvis af dommene U 1956.289 H og U 2011.1616 H. Denne retspraksis fastslår blandt andet, at det offentlige ikke må nedlægge en påstand i strid med henholdsvis magtfordrejningsforbuddet og lighedsprincippet. Statens overholdelse af grundlæggende forvaltningsretlige principper kan imidlertid næppe begrænses til påstandsnedlæggelsen.

Ovennævnte kammeradvokat Karsten Hagel-Sørensen har, som juridisk forfatter, så vidt vides ikke forholdt sig nærmere til eksistensen af et objektivitetsprincip eller forvaltningsretlige reglers civilprocessuelle virkninger i øvrigt. Han har dog bl.a. anført, at en forvaltningsmyndighed ikke kan træffe afgørelser eller under en retssag indtage et standpunkt, der utvivlsomt strider mod en fast praksis, der følges af myndighedens overordnede rekursinstans. Her vil en anvendelse af den almindelige lighedsgrundsætning, iføl-

ge Karsten Hagel-Sørensen, medføre, at den underordnede myndighed må ændre sin afgørelse.[19]

Jon Andersen bemærker, at legalitetsprincippet sætter visse rammer for den offentlige procesparts formulering af påstande og anbringender, idet procestilkendegivelserne »skal udfærdiges i overensstemmelse med almindelige saglige krav.«[20] Sten Bønsing konkluderer, uden nærmere begrundelse, at forvaltningen, når den optræder som part i en retssag, også skal respektere forvaltningsrettens regler bl.a. om saglighed, hjemmel, mv.[21]

Alf Ross' synspunkter, hvorefter »al offentlig myndighed skal udøves i fællesskabets ånd«, på grundlag af »saglige«, »almene« vurderinger, og Ross' henvisning til lighedsprincippet og forbuddet mod magtfordrejning i sammenhæng med dette, forekommer her relevante.[22] Synspunkterne kan i øvrigt give anledning til nærmere overvejelser om, hvorledes det element af tvang, der traditionelt er indbefattet i begrebet myndighedsudøvelse, fordrer et mere omfattende krav på retlig kontrol, også i civilprocessen. At forvaltningsretlige principper i nogen grad har civilprocessuel virkning følger som nævnt af retspraksis. Spørgsmålet er dog i hvor høj grad de forvaltningsretlige regler kan slå igennem – set i lyset af blandt andet den ovennævnte forudsætning om ensidig retssagsførelse. En nærmere besvarelse af spørgsmålet skal ikke forsøges i denne artikel.[23] Umiddelbart kan opmærksomheden dog henledes på den grundlæggende sondring mellem det offentlige som *myndighedsudøver* og *part i private retsforhold*, der kan udledes af retsplejeloven.[24] Der kan, med henvisning til sondringen, argumenteres for, at den offentlige myndighed særligt er forpligtet af offentligretlige principper i retstvister, hvor det offentlige optræder som myndighedsudøver. Omvendt kan der argumenteres for, at det civilprocessuelle loyalitetsprincip, der omtales straks nedenfor, i højere grad har relevans i situationer, hvor det offentlige optræder som part i private retsforhold.

5. Det civilprocessuelle loyalitetsprincip

Henrik Zahle og Bent Christensens betragtninger om legalitetsprincippet og analogien mellem statens anklager og statens civile advokat er fortsat grundlag for sporadiske henvisninger i den juridiske litteratur til eksistensen af et civilprocessuelt objektivitetsprincip, der angives at gælde for det offentliges

[19] *Karsten Hagel-Sørensen i Pernille Backhausen mfl.*, Proceduren, 2009, side 521.

[20] *Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen mfl.*, Forvaltningsret, 2. udg., 2001, side 814.

[21] *Sten Bønsing*, Almindelig forvaltningsret, 3. udg., 2013, side 408.

[22] *Alf Ross*, Om ret og retfærdighed, 1971-udgaven, side 247.

[23] Spørgsmålet er genstand for behandling i mit igangværende forskningsprojekt ved Juridisk Institut, Syddansk Universitet.

[24] Om denne sondring, se nærmere min artikel i U 2013B.214, afsnit 3.

rettergangs-fuldmægtige ved domstolene.[25] Derimod ses det civilprocessuelle loyalitetsprincip, som Jon Stokholm synes at henvise til, sjældnere behandlet i den processuelle litteratur. Det ligger dog fast, at der, ligesom i obligationsretten, også gælder et civilprocessuelt loyalitetsprincip. Mens loyalitetsprincippet i obligationsretten f.eks. er kodificeret i aftalelovens § 4, stk. 2 og § 31, er et parallelt loyalitetsprincip f.eks. kodificeret i retsplejelovens § 356 og § 358, hvorefter retten bestemmer, hvornår forberedelsen sluttes, med den konsekvens, at nyt processtof ikke kan bringes ind i sagen. Princippet kommer til udtryk, idet det er et bærende hensyn bag disse regler, at parten »ikke bør kunne tabe en sag, fordi han bliver overrasket af noget nyt, der uvarslet bliver fremført af modparten«.[26] Angående det processuelle loyalitetsprincip skriver Gomard og Kistrup i øvrigt generelt, at retten ikke kan imødekomme en processuel begæring, dersom begæringen ikke kan antages at forfølge et fornuftigt og rimeligt formål. Forfatterne påpeger nærmere, at det ikke er et loyalt rimeligt formål, at ville forhale eller besværliggøre en sag, eller søge at udnytte en processuel beføjelse til chikane eller på en anden måde, der strider mod lov og ærbarhed.[27] Retsplejelovens loyalitetspligt følger endvidere f.eks. af lovens § 490, der i nogen grad begrænser kreditorers muligheder for at foretage udlægsforretninger over for debitorer, som inden for de seneste 6 måneder har været udsat for en udlægsforretning, og hvor det ikke har været muligt at opnå dækning. Den nævnte såkaldte *fredningsregel* baserer sig på et klart loyalitetshensyn; at beskytte debitorer mod formålsløse eller uegnede udlægsforretninger.[28]

Henrik Zahle behandlede i sin disputats om det juridiske bevis indgående den processuelle loyalitetspligt og bemærkede nærmere, at advokaten ikke måtte gå videre, end et berettiget hensyn til varetagelsen af klientens interesser tilsagde. Zahle pointerede endvidere, at det navnlig var utilstedeligt, at foretage unødige retsskridt, eller søge sagens interesser fremmet på utilbørlig måde.[29] Henrik Zahle henviste i øvrigt til kravene om loyalitet under ekstraheringen, ligesom der var krav om loyalitet ved forelæggelse og dokumentation af sagens dokumenter.[30] Zahle påpegede, under henvisning til

[25] Som eksempel på en nyere henvisning til objektivitetsprincippet, se f.eks. *Peter Nørgaard*, Private Straffesager, 2012, side 240.

[26] Jf. *Peter Blume* i U 1976B.185, side 186.

[27] *Bernard Gomard og Michael Kistrup*, op.cit., side 433.

[28] Se *Munkholm og Nielsen* i U 1999B.171. Som eksempel fra praksis på anvendelse af reglen, se U 1980.943 VLK, hvor kreditor skulle bære risikoen for, at der ikke havde været grundlag for at begære en fogedforretning genoptaget.

[29] *Henrik Zahle*, Op.cit., side 630ff.

[30] Se *Zahle*, Om det juridiske bevis, side 632.

den juridiske litteratur, at proceduren nok var et partsindlæg, ikke et responsum, men at den dog ikke derfor måtte blive illoyal.[31]

Der foreligger kun en begrænset trykt retspraksis angående det processuelle loyalitetsprincip. Den ledende afgørelse på området er fortsat en højesteretskendelse fra besættelsestiden, refereret i U 1942.363 HK.[32] I kendelsen kritiserede Højesteret en advokat for at have fortiet sagsoplysninger, der helt åbenbart havde relevans for sagen. Der var ikke knyttet nogen sanktion til kritikken, der ikke havde særlige (disciplinære) følger for advokaten. Retsplejeloven kan dog blandt andet siges at opstille et værn mod illoyal optræden i lovens § 318, hvorefter en part, som på uforsvarlig måde har foranlediget spildte møder, ufornødne udsættelser, unyttig bevisførelse eller andre overflødige processuelle skridt, skal erstatte modpartens udgifter, selv om parten i øvrigt vinder sagen.[33]

6. Den unikke danske kammeradvokatordning

6.1. Monopol eller udbud, Moderniseringsstyrelsens undersøgelse i 2012

Spørgsmålet, om den danske kammeradvokatordnings fremtid, har, i en længere årrække, været genstand for offentlig debat. Advokatfirmaet Poul Schmiths særegne monopol på statslig retssagsførelse er fortsat omdiskuteret. Moderniseringsstyrelsen under Finansministeriet foretog i 2012 en omfattende undersøgelse af Kammeradvokatordningen.[34] I tilknytning til denne udarbejdede Justitsministeriets departement en notits om visse EU-udbudsretlige spørgsmål i forbindelse med kammeradvokatordningen.[35] Justitsministeriet var, ifølge notitsen, mest tilbøjelig til at mene, at den samlede kammeradvokataftale ikke havde en sådan grænseoverskridende interesse, at der skulle ske en forudgående offentliggørelse, før der måtte blive indgået en ny lignende kammeradvokataftale i overensstemmelse med de relevante EU-udbudsregler. Ministeriet lagde navnlig vægt på, at det generelt gjaldt for de ydelser, der leveredes som et led i kammeradvokataftalen, at disse, som minimum, forudsatte gode danskkundskaber og et indgående kendskab til dansk ret, herunder forvaltningsret og viden om dansk administrativ praksis.[36] Med udgangspunkt i Justitsministeriets vurdering angående ud-

[31] *Zahle*, op.cit., side 632.

[32] Se om dommen, *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, op.cit., side 233.

[33] Se tillige retsplejelovens § 319 angående sagsomkostninger.

[34] Moderniseringsstyrelsens rapport om statens indkøb af juridiske ydelser af 4. december 2012.

[35] Lovafdelingens notits af 17. august 2012. Offentliggjort som bilag til Moderniseringsstyrelsens rapport om statens indkøb af juridiske ydelser af 4. december 2012.

[36] Justitsministeriets notits vedrørte navnlig kravene i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning og fremgangsmåderne ved indgåelse af of-

bud, og i øvrigt på baggrund af den hidtil mest omfattende redegørelse for den gældende kammeradvokatordning, anbefalede Moderniseringsstyrelsen en reform af ordningen. Anbefalingen udelukkede ikke en række mulige nyskabelser ved ordningen, men baserede sig på den grundlæggende forudsætning, at statens advokatopgaver også fremtidigt skulle afvikles i en centralt koordineret aftale med ét privat advokatkontor.[37]

6.2. Folketingets mandat til forhandlingerne om fremtidens kammeradvokatordning

Moderniseringsstyrelsens samlede rapport blev forelagt Folketingets Retsudvalg i forbindelse med behandlingen af et beslutningsforslag fremsat af Venstre angående spørgsmålet om udbud af statens advokatarbejde.[38] Udvalget afgav efterfølgende en beretning, der har karakter af en form for mandat for de aftaleforhandlinger, Finansministeriet skulle gennemføre med Kammeradvokaten. I mandatet var der foreslået flere nyskabelser i forhold til Kammeradvokatordningen. Flertallet fandt det blandt andet afgørende, at en ny aftale var økonomisk fordelagtig for staten, og at der skulle ske forskellige moderniseringer af ordningen. Kammeradvokatens regninger skulle være klarere og mere gennemskuelige, og Kammeradvokaten skulle forpligtes til at oplyse timeforbrug i alle sager. Statens institutioner skulle have en større budgetsikkerhed ved øget anvendelse af salæroverslag m.v.

Det er bemærkelsesværdigt, at udvalget fandt, at en ny kammeradvokataftale skulle understøtte, at statens institutioner i højere grad selv kunne varetage juridiske opgaver, f.eks. at møde i retssager. Denne mulighed var også omtalt i Moderniseringsstyrelsens rapport. Nærmere skulle regeringen fremover årligt overveje statens indkøbsstrategi, herunder om der var områder, hvor det ville være hensigtsmæssigt at anvende andre advokater eller selv at løse sine advokatopgaver. Der var her tale om en markant nyskabelse. Som nævnt har det i dag absolut undtagelsens karakter, at embedsmænd møder på vegne af offentlige myndigheder i civile retssager. Udvalget fandt endvidere, at en ny aftale skulle give staten større frihed til at tilrettelægge sin indkøbspolitik ved i højere grad at give mulighed for at anvende andre advokater end Kammeradvokaten, hvor de »tværgående faglige synergieffekter«, som lå til grund for kammeradvokatordningen, ikke gjorde sig gældende med særlig vægt. En ny aftale skulle således understøtte, at staten på sådanne områder kunne anvende andre advokater. Endelig fandt flertallet af Folketingets partier, at Kammeradvokatordningen grundlæggende burde opretholdes. Både Finansministeriet og Folketinget lagde således op til, at Ad-

---

fentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

[37] Moderniseringsstyrelsens rapport, op.cit., side 117ff.

[38] Beslutningsforslag nr. 14 af 24. oktober 2012 om udbud af statens advokatarbejde.

vokatkontoret Poul Schmith fortsat skulle have monopol på at føre et flertal af centraladministrationens retssager.

6.3. Kammeradvokatordningen i internationalt perspektiv[39]

Den nugældende kammeradvokatordning er, i internationalt perspektiv, ganske unik. I de fleste vestlige landes centraladministrationer er det den almindelige ordning, at civil retssagsførelse varetages af embedsmænd.[40] I Tyskland forestår embedsmænd retssagsbehandlingen, både ved de tyske forvaltningsdomstole og ved øvrige domstole. Ved lavere forvaltningsdomstole og civile domstole repræsenteres ministerierne normalt af en embedsmand fra det for sagen relevante ministeriums juridiske afdeling. Embedsmænd må ikke føre retssager ved de højere domstole i Tyskland.[41] I disse sager indhenter tyske ministerier derfor ekstern juridisk bistand, hvilket ofte sker ved private, højt specialiserede advokatkontorer.[42] Ved de lavere retsinstanser i *England og Wales* forestås civil retssagsførelse både af embedsmænd, solicitors og barristers.[43] Offentlige solicitor-sager varetages dels af embedsmænd i de enkelte ministerier, dels af ansatte i den selvstændige *Treasury Solicitors* department, der kan betegnes som en advokatstyrelse. Visse *solicitor*-sager behandles dog af eksterne advokatfirmaer, der har indgået en rammeaftale med staten efter et afholdt udbud. Selve retssagsbehandlingen på vegne af det offentlige ved de højere domstole afvikles i alle tilfælde af private barristers.

I USA forestås alle den føderale stats civile retssager af en særlig afdeling af det amerikanske *Department of Justice*, der er en integreret del af embedsværket. Retssager for den amerikanske højesteret (*US Supreme Court*) forestås af *The Solicitor General*, en særligt højtstående embedsmand. I de enkelte delstater sker repræsentationen tilsvarende i overvejende grad ved embedsmænd, idet der dog lokalt i mindre omfang sker udlicitering til private advokatvirksomheder.

[39] Afsnittet baserer sig delvist på et responsum, jeg udarbejdede for Moderniseringsstyrelsen i 2012, offentliggjort i uddrag i kapitel 10 i Moderniseringsstyrelsens rapport om statens indkøb af juridiske ydelser.

[40] Det er ligeledes almindeligt, at man også her i nogen grad betjener sig af private advokater til løsning af civile retssagsopgaver

[41] Dette følger af den tyske lov for embedsmænd *(Bundesbeamtengesetz)*.

[42] Ved forvaltningsdomstolene og forfatningsdomstolene er det imidlertid ligeledes ofte forekommende, at andre jurister, f.eks. juridiske professorer, engageres til at føre sådanne sager.

[43] *Solicitors* kan både være statsansatte og private, og de forestår primært konsulent- og rådgivningsopgaver. *Barristers* er udelukkende privatpraktiserende, og disse har særlig specialisering i at møde i retten. Om de engelske definitioner, se nærmere *Mads Bryde Andersen*, Advokatretten, 2005, side 138ff.

I Norge føres civile retssager på statens vegne af *Regjeringsadvokaten*, der er en højtstående, kongeligt udnævnt embedsmand, som refererer direkte til den norske statsministers kontor. Den norske ordning var oprindeligt meget sammenlignelig med den danske kammeradvokatordning. Den skiftede dog karakter i forbindelse med en nybesættelse i 1962, hvor kompetenceområdet udvidedes, samtidig med at *Regjeringsadvokaten* blev ansat på departementschefslignende vilkår, ligesom denne blev afskåret fra at have andre klienter end staten. Regjeringsadvokaten udliciterer en begrænset mængde sager til behandling ved eksterne advokater.

I *Sverige* føres retssagerne i overvejende grad ved embedsmænd. Repræsentationen forestås af medarbejdere, der er spredt ud over hele forvaltningen, men som beskikkes af den svenske *Justitiekansler*. I særlige enkeltstående tilfælde engageres dog også ekstern advokathjælp i retssagsførelsen.

Det europæiske land, der i højeste grad kan sammenlignes med det danske i relation til organiseringen af statens repræsentation ved domstolene, er formentlig *Nederlandene*, der – ligesom Danmark – benytter sig af en kongeligt udnævnt privat advokat, *Landsadvocaaten*, og en kongeligt udnævnt privat skatteinddrivelses-advokat *Rijcksadvocaaten*. Ved de nederlandske forvaltningsdomstole er det imidlertid, som klart udgangspunkt, kun embedsmænd, der giver møde. Det er oftest også en embedsmand, der repræsenterer staten i retssager ved de civile domstole i Nederlandene, men i mindre omfang overlades repræsentationen til eksterne advokater, og her altså især *Landsadvocaaten*. I enkelte nederlandske ministerier er der ansat egentlige »inhouse-advokater« (med advokatbeskikkelse), der optræder i retssager på statens vegne.

6.4. Fremtidig dansk advokatordning med både out- og insourcing?

Den danske præference for at lade erhvervsadvokater varetage retssagsbehandlingen, også i offentligretlige sager, kan nok især begrundes med, at den almene danske civilprocessuelle opfattelse i overvejende grad foreskriver sagsbehandling på privatretlige præmisser. Internationale erfaringer, eventuel forstærket fokus på en retssagsførelse i overensstemmelse med offentligretlige principper og procesbesparelseshensyn, gør det imidlertid nærliggende at spørge, om offentlig retssagsførelse fortsat alene bør være private advokaters domæne. En besvarelse af spørgsmålet kræver en retspolitisk diskussion.

For den private part, der vælger at sagsøge en offentlig myndighed, kan det have stor økonomisk betydning, om det offentlige lader sig repræsentere ved en embedsmand eller en ekstern advokat. I retsplejelovens § 316 forudsættes muligheden for den tabende parts dækning af ordinære sagsomkostninger for sagens forsvarlige udførsel således implicit udelukket for selv-

mødere. Dette bekræftes i retspraksis, eftersom borgere, der anlægger sag mod en myndighed repræsenteret ved embedsmænd, ikke skal svare ordinære sagsomkostninger, hvis sagen helt eller delvist tabes, jf. herved f.eks. U 2008.1369 V. Det kan ikke udelukkes, at en forøgelse af antallet af myndigheder, der optræder som selvmødere ved domstolene, vil føre til ændringer i denne retspraksis eller eventuelt en lovændring. Allerede på nuværende tidspunkt kan der således retspolitisk argumenteres for, at f.eks. kommunale embedsmænds retssagsarbejde har en værdi, der må kunne opgøres og kræves tilsvaret, hvis borgeren taber et (uberettiget) søgsmål. Uanset om retstilstanden for selvmøderes krav på dækning af sagsomkostninger måtte ændre sig, vil de samlede sagsomkostninger for myndighed og borger dog formentlig i nogen grad kunne reduceres, hvis det offentlige i højere grad anvendte embedsmænd på overenskomstmæssig løn til varetagelse af i hvert fald en del af det offentliges retssager.