Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)

Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2015

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2015

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)
Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2015

1. udgave, 1. oplag

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015

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: Clemenstrykkeriet

Printed in Denmark 2016

ISBN 978-87-574-3404-0

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

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

Indholdsfortegnelse

Forord 9

Del I. Juridisk Instituts strategi og organisation anno 2015
Juridisk Instituts strategi anno 2015..... 13
Professor, ph.d., Thomas Elholm

Del II. Privatret
Ansvar for finansiel rådgivning – og hvad så med juraen?..... 23
Professor, lic.jur., Nis Jul Clausen LL.M.

Om samboende – gifte eller ugifte – pars fælles hæftelse 45
Lektor, Lone Hansen og
Professor, lic.jur., Hans Viggo Godsk Pedersen

En fælles regelbog og et føderaliseret tilsyn – en ny governance-model for EU's kapitalmarkeder? 59
Lektor, ph.d., Camilla Hørby Jensen og
Adjunkt, ph.d., Niels Skovmand Rasmussen

Lejers (u)væsentlige misligholdelse ved forsinkelse med lejebetalinger – en obligationsretlig analyse af lejelovens § 94, stk. 1 85
Professor mso, ph.d., Jakob Juul-Sandberg

Dealsites – formidler eller anden mellemmand i lyset af kontrakters relativitet?..... 107
Professor mso, ph.d., Kim Østergaard

Del III. Offentlig ret
Den svenska järnvägen, liberaliseringen och marknadstillträdet 121
Professor mso, jur.dr. (svensk titel), Tobias Indén

Det forretningsmæssige – en skatteretlig norm 131
Professor mso, ph.d., Inge Langhave Jeppesen

Vandkraft som erhvervsressource i Grønland 151
Professor, ph.d., Bent Ole Gram Mortensen

Selvrepression, LGBT-personer og EMRK art. 3 og 8 163
Lektor, ph.d., Peter Starup og
Adjunkt, ph.d., Bassah Khalaf

Valutakurstab på aktier – nogle perspektiver på EU-Domstolens dom i C-686/13 X AB 177
Lektor, ph.d., Lars Kjærgaard Terkilsen

At være eller ikke være – en chokoladevare 189
Lektor, ph.d., Jette Thygesen

Om organiseringen af det offentliges retssagsførelse 209
Videnskabelig assistent, Frederik Waage

Del IV. International ret
Mindretal og EU – forhåbninger, muligheder og udfordringer..... 225
Lektor, ph.d., Ulrike Barten

Vestnordisk frihandel – juridiske rammer for en eventuel frihandelsaftale 237
Lektor, ph.d., Bugge Thorbjørn Daniel

Bådflygtninge i Middelhavet – gamle problemer uden nye løsninger? 257
Lektor, dr.jur. (tysk titel), Birgit Feldtmann og
Lektor, dr.jur., Kristina Siig

Autorisation af vagtvirksomhed og godkendelse af vagter i dansk ret 277
Ph.d.-stipendiat, Christian Frier

Hvornår er der tale om en udbudspligtig offentlig kontrakt? 287
Lektor, ph.d., Carina Risvig Hamer

Krigsretten i moderne krige 303
Professor, dr.jur., Frederik Harhoff

Rammeafgørelser og præjudicielle forelæggelser 317
Lektor, ph.d., Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen

Del V. Almene fag

Retshjælpsforskning 339
Professor, ph.d., Professor II ved Institutt for kriminologi og rettssosiologi, Universitetet i Oslo, Ole Hammerslev

Hadforbrydelse – giver det mening? 349
Lektor, ph.d., Linda Kjær Minke og
Professor, ph.d., Thomas Elholm

Retten – et sammenvævet lovkompleks. 363
Adjunkt, ph.d., Annette Olesen

The Concept of Law and International Society 377
Professor, dr.jur., Sten Schaumburg-Müller

Forord

Denne udgave af Juridiske Emner er den 9. i serien, der siden 1999 er udkommet hvert andet år. Over årene afspejler publikationen den udvikling, der er sket på Juridisk Institut. Oprindelig var den juridiske forskning koncentreret om det, der kunne karakteriseres som erhvervsjura. Instituttet skulle dengang servicere de erhvervsøkonomiske og erhvervsjuridiske uddannelser. Fra og med opstarten af jurauddannelsen i 2004 blev der inddraget yderligere forskningsområder på instituttet med henblik på at kunne præstere en hel forskningsbaseret jurauddannelse.

Igennem det sidste halvandet år har Juridisk Institut været inde i en omfattende selvevaluerings- og strategiproces, som har ført til præcisering af instituttets fremtidige strategi såvel med hensyn til uddannelse, som forskning og øvrige aktiviteter. Som led i strategien har vi på instituttet etableret fire forsknings/faggrupper: en for privatret, en for offentlig ret, en for international ret og en for almene fag. Alle videnskabelige medarbejdere er organiseret i en af disse fire grupper.

I denne udgave af Juridiske Emner har vi valgt at rubricere artiklerne inden for rammerne af de fire grupper for at præsentere disse. Samtidigt vil vi med artiklerne gerne vise, at hver enkelt gruppe spænder vidt med hensyn til de emner, der forskes i. Tilsammen giver de fire grupper således stadig den samme brede forskningsmæssige dækning for instituttets uddannelser.

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

Publikationen er fagfællebedømt af Juridisk Institut, Syddansk Universitet.

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

Juridisk Institut
Syddansk Universitet
December 2015

Thomas Elholm
Institutleder

Hans Viggo Godsk Pedersen
Redaktør

DEL I

Juridisk Instituts strategi og organisation anno 2015

Juridisk Instituts strategi anno 2015

Af Thomas Elholm

1. Baggrund

Juridisk Institut blev grundlagt i 2003 med dengang ca. 10 medarbejdere. I dag har instituttet et halvt hundrede faste medarbejdere samt et antal studentermedhjælpere, instruktorer og omtrent 100 tilknyttede eksterne undervisere. De sidstnævnt er primært fra aftagergruppen, dvs. advokater, embedsmænd, anklagere, dommere mv.

På kort tid har instituttet opbygget et juridisk forskningsmiljø omkring en række anerkendte og søgte uddannelser. Instituttet er især vokset frem af jurauddannelsen og HA(jur.)/cand.merc.jur. samt cand.merc.aud.-uddannelserne, som fortsat udgør instituttets eksistensberettigelse både forsknings- og uddannelsesmæssigt.

Set i lyset af den brede undervisningsportefølje, der knytter sig dels til instituttets egne uddannelser (BA Jura og cand.jur., jura deltid, HA(jur) og cand.merc.jur.) og dels til fag på andre uddannelser (bl.a. cand.merc.aud., HD, HA, Master of International Law and Security (MOISL), Cultural Sociology in Law m.v.), består instituttet af relativt få fastansatte medarbejdere, og instituttet er desuden uddannelsestungt i den forstand, at såvel antallet af uddannelser som ansøgere til disse har været stigende. Instituttet har valgt at begrænse optaget på uddannelserne for at kunne satse på kvalitet frem for kvantitet. Det har været en succesfuld strategi med relativt høje optagelseskvotienter, gode gennemførelsesprocenter til følge og fuldt akkrediterede uddannelser.

Instituttet har de senere år satset på at udbyde en bacheloruddannelse i jura som en deltidsuddannelse. Den har siden 2012 i øvrigt været udbudt som fjernstudium. Desuden er instituttet fra 2015 involveret i cand.merc.aud. deltidsuddannelsen. Interessen for deltidsuddannelserne er stor, og en anseelig andel af instituttets indtægter stammer i dag fra deltagerbetaling.

Instituttet har lagt en stor indsats i pædagogisk udviklingsarbejde, herunder blended learning. Det er med til at brande uddannelserne og instituttet, der har opnået en førerposition på området for fjernundervisning.

Sideløbende med den uddannelsesmæssige satsning har medarbejderne på Juridisk Institut publiceret en stor mængde monografier, antologier og artikler.

Instituttet anser det også fremover for afgørende, at der via forskning af høj kvalitet skabes anseelse hos aftagerne. Hvis den fremtidige undervisningsbyrde skal løftes, og kvaliteten af forskningen samtidigt skal opretholdes eller endog øges, er det imidlertid vigtigt, at der sikres synergi mellem forskning og uddannelse. Alle fastansatte forskere på instituttet har derfor pligt til at forske og undervise inden for en række nærmere fastsatte grundkompetencer, der er centrale fagområder for uddannelserne.

Udover forskning inden for grundkompetencerne vil Juridisk Institut i fremtiden samle en del af kræfterne om nogle få udvalgte områder (spydspidser), der i en periode kan danne grundlag for et tættere samarbejde mellem de ansatte. Den synergi og profilering, som kan ligge heri, antages at være til gavn for instituttets udvikling og renommé.

Også vidensudveksling udgør i dag en betydelig del af instituttets aktiviteter. Det viser sig bl.a. i mediernes store interesse for instituttets forskere. Den viser sig også i forskernes deltagelse i forskellige råd, nævn og lovforberedende aktiviteter. I øvrigt inddrages aftagerne i betydeligt omfang i særlige undervisningsarrangementer som f.eks. Moot Court og praktikophold. Instituttet har indgået forskellige samarbejdskontrakter med myndigheder og private og har løbende haft erhvervs-ph.d.ere.

2. Strategi og mission – helt kort

Instituttets udvikling og aktiviteter inden for uddannelse, forskning og vidensudveksling leder frem til den mission, som instituttets medarbejdere formulerede i 2014:

> *»I et åbent samarbejde skaber Juridisk Institut samfundsrelevant, retsvidenskabelig forskning, uddannelse og formidling af høj international kvalitet.*
>
> *Instituttet arbejder tværfagligt og internationalt orienteret for at skabe viden til brug for private og offentlige retsanvendere, lovgivere, forskere og det omgivende samfund.«*

Da instituttet på få år voksede fra en lille enhed til et langt større, mere modent institut med et halvt hundrede medarbejdere, var det nødvendigt med en organisationsændring. Den påbegyndtes i 2013 med indførelsen af faggrupper baseret på uddannelsernes drift og udvikling. For tillige at sikre fokus og kvalitet i forskningen – samt fastholde integrationen mellem forskning og uddannelse – blev faggrupperne i 2015 omdannet til fire grupper, der har

ansvar for *både* forskningens og uddannelsernes drift og kvalitetsudvikling. De fire grupper understøttes og indgår i tæt samarbejde med sekretariatet, der består af fire faste medarbejdere.

I 2014 tog dekanatet på Samfundsvidenskab, SDU, initiativ til en større strategi- og selvevalueringsproces. Det har foranlediget Juridisk Institut til at udarbejde en strategi, som præsenteres i de følgende afsnit under de samme overskrifter som fakultetsstrategien, men den helt korte version af strategien lyder således:

> *»Med udgangspunkt i sin uddannelsesportefølje vil Juridisk Institut levere forskning af høj international kvalitet inden for en række grundlæggende juridiske discipliner og vil samtidig have fokus på løbende udvikling og profilering af udvalgte områder.*
>
> *Juridisk Institut vil tilbyde forskningsbaseret undervisning i trygge, inspirerende og innovative læringsrammer, hvorunder de studerendes individuelle potentialer kan udvikles og understøttes.*
>
> *Juridisk Institut vil bidrage med relevant og vedkommende formidling af forskningsresultater og juridisk ekspertise til retsanvendere og samfund.*
>
> *Juridisk Institut vil være en attraktiv arbejdsplads præget af medarbejdernes fælles ansvar for løsning af instituttets opgaver og med ledelsesmæssig fokus på den enkelte medarbejders kompetencer, ønsker og udviklingsmuligheder.«*

Instituttet har altid været karakteriseret ved et stort sammenhold og ved pionerånd. Medarbejderne giver udtryk for, at instituttet har tradition for et godt arbejdsmiljø, og de har i forbindelse med strategiprocessen udtrykt ønske om, at instituttet også fremover karakteriseres ved en række grundlæggende værdier, som kan ses nedenfor under pkt. 6.

3. En prioriteret og attraktiv uddannelsesportefølje

Juridisk Institut er centrum for SDU's juridiske uddannelser og undervisning.

Juridisk Institut vil med fokus på såvel aftagernes som de studerendes interesser udbyde samfunds- og arbejdsmarkedsrelevante, forskningsbaserede, fremtidssikrede og veltilrettelagte uddannelser og/eller undervisningsforløb af høj, international kvalitet. Herigennem vil instituttet medvirke til, at SDU betragtes som en attraktiv leverandør af bachelorer og kandidater til aftagere i såvel den offentlige som private sektor – nationalt som internationalt. Juridisk Institut vil være kendt for – under en selvfølgelig forudsætning om høj faglig

kvalitet – at tilbyde et inspirerende og attraktivt lærings- og studiemiljø, der sætter de studerendes interesser i centrum.

Juridisk Institut og dets medarbejdere vil generelt prioritere og arbejde målrettet på:

- at have en tæt og struktureret kontakt til omverdenen med henblik på at sikre uddannelsernes konstante aktualitet og relevans
- at sikre uddannelsernes forskningsbasering ved i rekrutteringsmæssig sammenhæng at have fokus på fagområder, der understøtter de centrale dele af uddannelserne
- at sikre uddannelsernes internationale udsyn
- at have fokus på progression og sammenhæng i uddannelserne – såvel indholdsmæssigt som kompetencemæssigt
- at sikre metodisk forankret forsknings- og praksisbaseret undervisning og en optimal balance herimellem
- at have fortsat fokus på udvikling af undervisningspædagogik under iagttagelse af universitetets bærende principper om aktiverende undervisning og aktiv læring
- at tilbyde uddannelser i øjenhøjde i form af tæt studenterkontakt og en høj grad af studenterinddragelse
- at have fokus på stabile, strukturerede og trygge læringsrammer for de studerende
- at styrke og understøtte de studerendes individuelle talenter og potentialer
- at sikre og understøtte de uddannelsesmæssige rammer for de studerendes tværdisciplinære tilgang til problemstillinger
- at fastholde Juridisk Instituts førende position som udbyder af en jurauddannelse som et fjernstudium.

En mere detaljeret og uddybende version af strategien på uddannelsesområdet findes i et baggrundsnotat fra 2015.

4. En prioriteret forskningsportefølje

På SDU er Juridisk Institut centrum for juridisk forskning i bred forstand.

Juridisk Institut vil med fokus på aftagernes behov stå som garant for juridisk forskning af høj, international kvalitet. Juridisk Institut vil på den ene side opretholde et højt kvalitetsniveau inden for en række juridiske grundkompetencer, der er nødvendige for at sikre helstøbte, forskningsbaserede

juridiske uddannelser, og på den anden side profilere instituttet over for aftagere og studerende ved at satse på nogle få forskningsmæssige spydspidser.

Juridisk Institut og dets medarbejdere vil generelt prioritere og arbejde målrettet på:

- at have en tæt kontakt til omverdenen – også internationalt – med henblik på at sikre forskningens aktualitet, relevans og kvalitet
- at sikre tæt integration mellem forskning og uddannelse, herunder ved forskning i en række grundkompetencer, der understøtter de centrale dele af de juridiske uddannelserne, og ved i rekrutteringsmæssig sammenhæng at have fokus på disse kompetencer
- at sikre den rette balance mellem forskning inden for juridiske grundkompetencer og forskningsmæssig specialisering
- at skabe tæt samarbejde mellem de ansatte forskere på instituttet med henblik på at kvalitetssikre og -udvikle forskningen
- at have ledelsesmæssig fokus på forskningsmæssig kvalitet og kvantitet
- at sikre tilstrækkelig forskningstid for de ansatte forskere.

En mere detaljeret og uddybende version af strategien på forskningsområdet findes i et baggrundsnotat fra 2015.

5. En markant styrket vidensudveksling – herunder efteruddannelse

Juridisk Institut stiller forskningsresultater og juridisk ekspertise til rådighed for både juridiske aftagere og samfundet generelt. Juridisk Institut vil gennem præsentation af forskningsresultater og juridisk ekspertviden i relevante fora og medier samt gennem direkte dialog og samarbejde med retsanvenderne sikre, at den viden, der skabes på instituttet, i videst muligt omfang resulterer i perspektivering og kvalitetssikring af lovgivning, beslutningsprocesser og samfundsdebatten.

Juridisk Institut og dets medarbejdere vil generelt prioritere og arbejde målrettet på:

- at igangsætte formidlingsaktiviteter, når et nyt og samfundsmæssigt vigtigt forskningsresultat foreligger
- at sikre og understøtte kvaliteten af formidlingsaktiviteter, herunder
- at gøre sig overvejelser om formål, målgruppe, kontekst, indhold og egen rolle i forhold til formidlingsaktiviteter, samt

- at fokusere på aktiviteter, der ligger tæt på egen forskning
- via kvalitet og relevans i formidlingen fastholde den grad af synlighed, instituttet og dets medarbejdere har
- at tilbyde formidlingsmæssig kompetenceudvikling til medarbejdere
- at støtte og beskytte medarbejdere, der på grund af relevant og vedkommende formidling udsættes for beklikkelse af faglighed eller politisk pres.

En mere detaljeret og uddybende version af strategien for vidensformidling findes i et baggrundsnotat fra 2015.

6. En bæredygtig struktur – og bæredygtige værdier

For at understøtte forsknings- og uddannelsesstrategien er alle videnskabelige medarbejdere fra 2015 organiseret i fire forskningsgrupper. Ved hjælp af disse grupper, deres gruppeledere (som har personale- og økonomiansvar) og studie- samt sekretariatsledelse, vil instituttet sikre:

- en tæt forbindelse mellem leder og ansatte
- implementering af strategien på individniveau
- bedst mulig integration og synergi mellem forskning og uddannelse
- en tæt opfølgning og koordination vedrørende kvalitetssikring og -udvikling af uddannelserne
- en tæt koordination af og tilskyndelse til forskningsmæssig fokus på grundkompetencer og (i et vist omfang) på spydspidser
- et inspirerende miljø for stipendiater, herunder vha. ph.d.-koordinator
- grundlaget for et velfungerende sekretariat, hvis hovedopgave er at sikre færrest mulige administrative opgaver for forskerne.

Instituttet karakteriseres ved følgende grundlæggende værdier:

På ledelsesniveau:

- Man bør have autoritet uden at være autoritær.
- Kontrol er godt, men tillid er bedre.
- Ledelsen er til for instituttets skyld, ikke omvendt.

På institutniveau:

- Arbejdsopgaverne er forskning, undervisning, formidling og administration.
- Instituttet skal på disse områder samlet set leve op til det højeste niveau og under hensyntagen til konkurrencesituationen markere sig stærkt internt på SDU og eksternt såvel nationalt som internationalt.
- Der er tale om fire ligeværdige og lige vigtige opgaver.
- Instituttets forskellige forskningsområder er ligeværdige og lige vigtige.
- Instituttet skal have gode relationer til studerende og aftagere.

På medarbejderniveau:

- Den enkelte har ret og pligt til at opbygge og udvikle sit forskningsområde og undervisning inden for de overordnede retningslinjer, som instituttet har fastlagt.
- Når den enkelte medarbejder arbejder med det, som den pågældende er bedst til og har mest lyst til, bliver resultatet for den enkelte og for instituttet som helhed bedst og arbejdsglæden størst.
- Den enkelte medarbejder skal respektere ligeværdigheden af de forskellige arbejdsopgaver og forskningsområder.
- Der er og bør være et liv uden for universitetsansættelse.

DEL II

Privatret

Ansvar for finansiel rådgivning

– og hvad så med juraen?

Af Nis Jul Clausen

1. Indledning

I kølvandet på den finansielle krise er der blevet anlagt og afgjort et betydeligt antal sager vedrørende især pengeinstitutters utilstrækkelige og mangelfulde rådgivning om finansielle produkter. Der har været og er fortsat et endog meget stort antal sager af denne type ved Pengeinstitutankenævnet, men nogle sager har også fundet deres afgørelse ved domstolene. Sagerne relaterer sig eksempelvis til rådgivning om og salg af komplekse finansielle produkter (værdipapirer) og lånefinansieret salg af ukomplicerede produkter som aktier mv. udstedt af det pågældende pengeinstitut. Salgene er typisk sket i perioden 2005 til 2007 og i meget betydeligt omfang til private investorer (detailkunder).

Også politisk har problemstillingen tiltrukket sig opmærksomhed. I 2013 nedsatte Erhvervs- og vækstministeren et udvalg om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter med professor Nina Dietz Legind som formand. Udvalget havde til opgave,

at belyse de forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter,
at foretage en vurdering af bevisbyrdeforholdene ved realiseret økonomisk tab som følge af mangelfuld rådgivning.

Udvalget afgav i februar 2014 rapporten Erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter. I relation til erstatningsansvar blev det i betænkningen foreslået, at der efter den generelle god skik regel i lov om finansiel virksomhed § 43, hvorefter:

»Finansielle virksomheder...skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren fastsætter nærmere regler om redelig forretningsskik og god praksis for de finansielle virksomheder...«

indsattes en ny bestemmelse, § 43 a, med følgende ordlyd:

»Handlinger i strid med regler udstedt i medfør af § 43, stk. 2, pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.«

Bestemmelsen blev ved lov nr. 1490 af 23. december 2014 indsat i lov om finansiel virksomhed.

I relation til mangelfuld rådgivning om finansielle produkter har dansk praksis og lovgivning således i betydeligt omfang fokuseret på de erstatningsretlige problemstillinger og forhold, som knytter sig hertil. En finansiel virksomheds manglende eller utilstrækkelige rådgivning i forbindelse med kunders værdipapirhandel og investering i andre finansielle produkter kan dog også give anledning til aftaleretlige og køberetlige problemstillinger. Aftale- og køberetlige aspekter ved finansiel rådgivning ses kun i mere begrænset omfang fremdraget i de danske sager.

En række norske domme vil blive omtalt i afsnit 2, da norsk retspraksis har behandlet manglende rådgivning vedrørende værdipapirhandel ud fra såvel et erstatningsretligt som et aftale-/køberetligt perspektiv. Visse aftale- og køberetlige samt udvalgte erstatningsretlige problemstillinger vedrørende værdipapirhandel i dansk ret vil blive drøftet i afsnit 3. Få afsluttende bemærkninger findes i afsnit 4.

2. Norsk retspraksis

Norsk retspraksis vedrørende finansielle virksomheders mangelfulde rådgivning af kunder i forbindelse med værdipapirhandel har som nævnt været baseret på såvel erstatningsretlige som aftale-/køberetlige betragtninger.[1]

Når der mellem en kunde og en finansiel virksomhed er indgået en aftale om finansiel rådgivning, må kunden efter den norske Højesterets opfattelse »som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning«, jf. Rt 2000 s. 679 (688) – DnB. I sagen blev banken pålagt erstatningsansvar, blandt andet med henvisning til, at den ikke havde tilvejebragt et selvstændigt grundlag, hvorpå dens rådgivning kunne baseres.

I Rt. 2003 s. 400 (afsnit 42) – Sunnfjordtunnelen anfører den norske Højesteret, at et fondsmæglerselskab kunne blive erstatningsansvarligt for

1. Det følgende er baseret på Jan Ove Færstads notat til erstatningsansvarsudvalget, som er gengivet i udvalgets Betænkning om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter, februar 2014, som bilag 3.

værdipapirtransaktioner gennemført af en kunde, »uten at megleren hadde forsikret seg om at kunden hadde en klar oppfatning av hvilken risiko transaksjonene innebar.« Højesteret fandt desuden, at fondsmælgerselskabet måtte bære risikoen for den uklarhed, som forelå med hensyn til, hvilke informationer kunden havde modtaget, »det hadde vært meget nærliggende for fondsmæglerselskabet å sikre seg at der forelå skriftlig dokumentasjon som viste at kunden var klart innforstått med transaksjonerne og den risikoen de innebar.«[2] Da fondsmæglerselskabet ikke kunne løfte bevisbyrden med hensyn til den fornødne dokumentation, fandtes selskabet at have handlet uagtsomt og ansvarspådragende over for kunden i relation til sin informationsgivning og rådgivning. Også for så vidt angår tabsopgørelsen anvendte Højesteret i sagen omvendt bevisbyrde, idet alternative, hypotetiske hændelsesforløb ikke blev tillagt betydning. Tilsvarende omvendt bevisbyrde vedrørende tab blev fastslået i Rt 2000 s. 679 (689) – DnB.

Med hensyn til ugyldighedsspørgsmålet har især den norske aftalelovs § 36, men også § 33 (som begge svarer til de danske bestemmelser), været bragt i anvendelse.

I HR 2013 s. 388 – Røeggen blev en aftale mellem en bank og en kunde om lånefinansieret investering i aktieindeksobligationer tilsidesat i sin helhed som værende ugyldig efter aftalelovens § 36. I sin begrundelse fremhævede den norske Højesteret blandt andet, at kunden »var en ikke-profesjonel investor. Det var banken som tok kontakt til ham og foreslo investering i produktene. Bankens informasjonsplikt må da – også i 2000 – bedømmes strengt. Det innebærer ikke et krav om at alle tenkelige situasjoner skal beskrives. Men ved salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke- professjonelle investorer, må banken forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på, og ikke gi misvisende eller fejlaktige opplysninger om viktige forhold av betydning for investeringsbeslutningen.«[3]

I Rt 2012 s. 355 – Lognvik fandt Højesterets flertal derimod ikke grundlag for at erklære nogle købs- og låneaftaler mellem to privatpersoner for ugyldige efter aftalelovens § 36. Flertallet anførte, at aftalerne kun kunne erklæres ugyldige, såfremt der forelå »kvalifiserte mangler ved den informasjon tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne.« Det kan ikke udelukkes, at den tilsyneladende lavere standard skyldes, at der var tale om aftaler mellem to privatpersoner, og ikke som i de andre sager mellem en (professionel) bank og en kunde.

2. Afsnit 48.
3. Afsnit 125.

Af særlig interesse i nærværende sammenhæng, hvor ansvar i forbindelse med rådgivning om værdipapirer vurderes ud fra et erstatningsretligt og aftale-/køberetligt perspektiv, er den norske Højesterets udtalelse i Rt. 2012 s. 1926 – Fokus Bank. Sagen vedrørte en banks salg af et finansielt produkt til investorer med såvel forbrugerstatus som ikke-forbrugerstatus. Primært blev købsaftalerne krævet hævet med henvisning til købelovens og forbrugerkøbeslovens regler om informationsmangler, subsidiært krævedes erstatning for mangelfuld rådgivning, og mest subsidiært blev det gjort gældende, at aftalerne var ugyldige efter aftalelovens § 36 og § 33. Højesteret fandt, at det grundliggende spørgsmål i relation til alle de tre påberåbte retsgrundlag var det samme, »nemlig om kundens tap kan føres tilbake til mangelfull eller villedende informasjon fra bankens side.« På baggrund af det foreliggende informationsmateriale fandt Højesterets flertal ikke, at der kunne gives investorerne medhold.

3. Dansk ret

Kunder kan i sager om rådgivning og køb af værdipapirer, hvor det gøres gældende, at den finansielle virksomhed i forbindelse med kundens investering i værdipapirer ikke i tilstrækkelig grad har rådgivet kunden om karakteren af produktet og de risici, som er forbundet med investering heri, som nævnt basere kravet på forskellige retlige betragtninger.

3.1. Erstatningsretlige aspekter

For at en finansiel virksomhed kan ifalde erstatningsansvar ved rådgivning af kunder, skal de almindelige erstatningsretlige betingelser være opfyldt.[4] Finansielle virksomheder er i erstatningsretlig henseende underlagt et professionsansvar, hvor den grundlæggende ansvarsnorm er, at der skal præsteres en god faglig indsats, som honorerer de krav, man med rette kan stille til en finansiel virksomhed som sagkyndig på området. Der er tale om et bestræbelsesansvar og ikke et resultatansvar.

Professionsansvaret er et culpabaseret ansvar, men et særligt strengt ansvar, idet ansvaret er baseret på, hvad der normalt må forventes af en god

4. Det følgende er med inddragelse af nyere praksis baseret på min udredning om gældende danske regler og praksis for erstatning ved et realiseret fra juni 2013 tab optrykt som bilag 1 i betænkning ved rådgivning om finansielle produkter, februar 2014.

udøver af den pågældende profession, her en finansiel virksomhed. Der er tale om en objektiveret culpavurdering.

Det klare udgangspunkt i sager om professionsansvar ved finansiel rådgivning er, at bevisbyrden med hensyn til culpøs adfærd, dokumenteret tab, årsagssammenhæng mv. påhviler skadelidte, her kunden.[5]

Får kunden medhold i, at et pengeinstitut i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter har handlet ansvarpådragende, har kunden krav på erstatning for det økonomiske tab, som den utilstrækkelige eller mangelfulde rådgivning har påført kunden.[6]

Især culpabedømmelsen, bevisbyrdespørgsmålet og i mindre grad årsagssammenhængsproblematikken har i den foreliggende praksis om den erstatningsretlige vurdering ved finansiel rådgivning været omtvistet, hvorfor disse tre elementer omtales nærmere i det følgende, hvor den erstatningsretlige betydning af den nye § 43 a i lov om finansiel virksomhed tillige omtales.

3.1.1. Culpabedømmelsen

Professionsansvarets culpabedømmelse tager som nævnt udgangspunkt i et krav om god faglig indsats. For finansielle virksomheders rådgivningsforpligtelse vedrørende finansielle produkter omfatter denne som udgangspunkt tre elementer.

For det første skal rådgivningen være baseret på det såkaldte kend din kunde princip, hvorefter virksomheden skal sikre sig fornødne oplysninger om kundens økonomiske situation, erfaring med relevante finansielle ydelser

5. Generelt om professionsansvaret, se eksempelvis *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder – Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010, s. 23 ff. (specielt om pengeinstitutter s. 117 ff.), *Lars Bo Langsted*, Rådgivning (I), – det professionelle erstatningsansvar, 2004, *Bo von Eyben og Helle Isager*, Lærebog i erstatningsret, 8. udgave 2015, s. 112 ff., *Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard*, Rådgivningsansvaret, 1997. Særligt i forhold til pengeinstitutter, se tillige *Thue Hagenau*, Pengeinstitutters rådgivningsansvar ved værdipapirhandel, 2010, *Camilla Hørby Jensen (red.)*, Bankjura – Udvalgte emner, 2. udgave 2013, s. 444 ff., *Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, Finansiel rådgivning – En debatbog om pengeinstitutters rådgivningsansvar, 1997 og om pengeinstitutters rådgiveransvar efter finanskrisen, *Jeppe Wedel Nielsen*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2014, s. 295 ff.
6. Fastslås det, at der i den konkrete sag ikke påhviler den finansielle virksomhed en rådgivningsforpligtelse, og er der ikke ydet rådgivning, er der ikke i så henseende optrådt ansvarspådragende. Se således FED 2011.62 V og FED 2012.60 V, hvor det i begge tilfælde blev statueret, at pengeinstituttet ikke havde nogen forpligtelse til at rådgive kunden.

og risikovillighed. Disse informationer skal danne grundlag for fastlæggelse af kundens risikovillighed og risikoprofil.

For det andet skal virksomheden kende og have indsigt i karakteren af og den risiko, som er forbundet med de forskellige finansielle produkter, som tilbydes kunderne. Dette er nødvendigt for at kunne informere kunden om produkterne og hermed give relevant rådgivning.

For det tredje med udgangspunkt heri rådgiver den finansielle virksomhed kunden om de finansielle produkter, som under hensyn til kundens forhold, herunder risikoprofil må anses for relevante.

Disse tre elementer genfindes i varierende grad og i forskellig udformning i de offentligretlige regler om god skik, som blandt andet findes i god skik bekendtgørelsen[7] og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.[8]

I forhold til professions- og rådgiveransvar for visse andre professionelle er det desuden et særkende ved de finansielle virksomheders professionsansvar ved rådgivning om finansielle produkter, at rådgivningen ofte har sammenhæng med salg af virksomhedens egne produkter. Der er således ikke nødvendigvis tale om uafhængig eller uvildig rådgivning.[9] Dette forhold kan påvirke ansvarsvurderingen og eksempelvis føre til et krav om oplysning om interessekonflikter, se Højesterets bemærkning i UfR 2013.182 H.[10]

Ved culpabedømmelsen i relation til de finansielle virksomheders rådgivning har Pengeinstitutankenævnet fremhævet en række forhold, som har betydning herfor. I oversigtsform er der tale om:

- En vis risikospredning må i almindelighed sikres, særligt ved risikofyldte arrangementer, og den finansielle virksomhed har en selvstændig pligt til at vurdere de risici, som er forbundet med et bestemt finansielt produkt.
- I et vist omfang er der pligt til at rådgive af egen drift,[11] ligesom der antages at være en særlig og mere vidtgående rådgivningsforpligtelse over for mindreårige.[12]
- Tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter er tillagt en vis betydning. Såvel overholdelse som manglende overholdelse af offentligretlige for-

7. Jf. bekendtgørelse nr. 1094 af 14. september 2015.
8. Jf. bekendtgørelse nr. 623 af 24. april 2015.
9. Om forskellige aspekter heraf, se *Lennart Lynge Andersen (red.)*, 8 perspektiver på finansiel rådgivning, 2005.
10. Se hertil tillige de offentligretlige regler i god skik bekendtgørelsen § 8, stk. 4 (oplysningspligt om ikke uafhængig rådgivning) samt §§ 11 og 12 (oplysningspligt vedrørende egne produkter og interessekonflikt).
11. Jf. god skik bekendtgørelsens § 8, stk. 2.
12. Jf. nu god skik bekendtgørelsens § 7.

skrifter er blevet fremhævet, henholdsvis som begrundelse for ikke at statuere ansvar[13] og som begrundelse for at statuere ansvar.[14]

- Finanstilsynets påtaler m.v., eksempelvis ved kritik i forbindelse med undersøgelser af den pågældende virksomhed for manglende overholdelse af offentligretlige forskrifter, er blevet tillagt betydning.
- I et vist omfang er manglende eller utilstrækkeligt/vildledende skriftligt materiale blevet fremhævet. Modsvarende er det som begrundelse for ikke at pålægge den finansielle virksomhed ansvar blevet fremhævet, at kunden har modtaget fyldestgørende skriftligt materiale om blandt andet risici.
- Manglende fastlæggelse af kundens risikoprofil eller manglende sammenhæng mellem kundens risikoprofil og den risiko, som er forbundet med de foretagne investeringer, er tillagt vægt.
- Det er tillige tillagt betydning, om kunden generelt eller konkret kendte eller burde kende til den risiko, som var forbundet med investering i det pågældende produkt.

3.1.2. Bevisbyrdespørgsmålet

Det helt klare udgangspunkt i sager om professionsansvar, herunder rådgivningsansvar, er i overensstemmelse med den almindelige erstatningsret, at bevisbyrden med hensyn til culpøs adfærd, lidt tab og fornøden årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det lidte tab påhviler skadelidte (kunden). Men domstolenes frie bevisbedømmelse betyder, at domstolene på baggrund af en konkret vurdering af den enkelte sag kan fravige dette udgangspunkt, enten ved at foretage en særlig lempelig bevisvurdering, det vil sige lempe kravet med hensyn til bevisets styrke, eller ved helt eller delvist at vende bevisbyrden, således at den professionelle part eksempelvis den finansielle virksomhed pålægges at bevise, at den har ydet tilstrækkelig rådgivning over for kunden.[15]

En gennemgang af de foreliggende sager ved Pengeinstitutankenævnet viser, at spørgsmålet om, hvem der bærer bevisbyrden er af helt afgørende betydning for den enkelte sags udfald. Ved anvendelse af ligefrem bevisbyrde

13. Se således også UfR 2014.1570 S, hvor Sø- og Handelsretten frifandt en bank for erstatningsansvar i forbindelse med en kundes valutaspekulationsforretninger blandt andet med henvisning til, at banken havde overholdt reglerne i den dagældende god skik bekendtgørelse og foretaget en egnethedstest i overensstemmelse med reglerne i investorbekendtgørelsen.
14. Se hertil også Højesterets bemærkning i UfR 2013.182 H vedrørende manglende oplysning om en potentiel interessekonflikt.
15. Om pengeinstitutters rådgivning vedrørende forsikringsforhold, se eksempelvis UfR 1998.643 V (omvendt bevisbyrde) og UfR 2008.220 H (ligefrem bevisbyrde).

er kunderne typisk ikke tilkendt erstatning, mens det modsatte har været tilfældet i sager med omvendt bevisbyrde.[16]

Også ved Pengeinstitutankenævnet er det helt klare udgangspunkt, at bevisbyrden i overensstemmelse med det erstatningsretlige udgangspunkt påhviler skadelidte, kunden. Ligefrem bevisbyrde er således typisk anvendt i sager om rådgivningsansvar i forbindelse med indgåelse og lukning af aftaler om valutaswaps og valutalån. Se således eksempelvis PAN 442/2012 og PAN 462/2011.

Men i en række tilfælde har Pengeinstitutankenævnet typisk med henvisning til et af de ovenfor under 3.1.1 nævnte forhold, som også har betydning for culpabedømmelse, anvendt omvendt bevisbyrde, således at den finansielle virksomhed er blevet pålagt ansvar, med mindre den har kunnet bevise, at der i det konkrete tilfælde er ydet tilstrækkelig rådgivning.

Mest dominerende i så henseende er ankenævnets anvendelse af omvendt bevisbyrde i de såkaldte Jyske Hedge-sager, hvor der som begrundelse for omvendt bevisbyrde henvises til, at Finanstilsynet over for Jyske Bank havde påtalt, at den ikke i forbindelse med salg af Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer havde taget skridt til at rette op på, at Jyske Invests salgsbrochure vedrørende produktet ikke indeholdt en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og risici. Se eksempelvis PAN nr. 475/2012.[17] Tilsvarende har eksempelvis været tilfældet i sager om PlusInvest obligationer, hvor Finanstilsynet havde fastslået, at informationsmaterialet vedrørende produkterne indeholdt misvisende og utilstrækkelig information om forholdene i forbindelse med indløsning. Se eksempelvis PAN nr. 486/2012 og PAN nr. 150/2011.

Omvendt bevisbyrde har ligeledes været anvendt med henvisning til den mellem Forbrugerombudsmanden og Finansiel Stabilitet indgåede forligsaftale vedrørende Roskilde Banks salg af egne aktier. Det blev i forligsaftalen fastslået, at Roskilde Bank i forbindelse med aktiesalgskampagner i 2006 og 2007 i et brev til bankens kunder fokuserede ensidigt på fordelene ved at investere i bankens aktier, hvorfor kunderne ikke alene på baggrund af brevet nødvendigvis fik en afbalanceret beskrivelse af fordele og ulemper ved at

16. Et eksempel fra retspraksis, hvor der fra bankens side forelå fyldestgørende dokumentation for, at kunden havde modtaget fyldestgørende og grundig rådgivning ses i UfR 2014.1570 S.
17. 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 2010, s. 338 ff., Nis Jul Clausen, finans/invest 3/2010, s. 10 ff. samt Niels Vase, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2011, s. 60 ff. og samme, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2012, s. 148 ff.

investere i bankens aktier. Se eksempelvis PAN nr. 182/2014 om lånefinansieret køb af Roskilde Bank aktier. Er kundens køb af Roskilde Bank aktier derimod ikke sket i tidsmæssig sammenhæng med bankens salgskampagner, foreligger der ikke den fornødne årsagssammenhæng mellem den misvisende information og købet. I sådanne tilfælde opretholder ankenævnet derfor udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde, således at det er kunden, der må bevise, at bankens rådgivning ved kundens køb af aktierne havde været utilstrækkelig eller mangelfuld. Se således PAN nr. 747/2009 (køb i og før 2005) og PAN nr. 1007/2010 (køb i 2008).[18]

3.1.3. Årsagssammenhæng, tab og andre ansvarsbetingelser

Også i andre end de netop nævnte tilfælde har Pengeinstitutankenævnet vurderet årsagssammenhængsproblematikken. Mens kunder i Roskilde Bank som nævnt normalt har fået erstatning for tab på lånefinansierede køb af bankens aktier, når købet er sket i forbindelse med bankens salgskampagner, gælder dette ikke personer, som var ansat i banken på købstidspunktet. Som begrundelse herfor har ankenævnet henvist til, at de pågældende i kraft af deres ansættelsesforhold havde en særlig viden om aktieinvestering og den ekstra risiko, der var forbundet med optagelse af lån i forbindelse hermed, hvorfor den manglende og utilstrækkelige markedsføring fra bankens side ikke kan anses for at have været bestemmende for aktiekøbet. Se eksempelvis PAN nr. 164/2014 (filialdirektør) og PAN nr. 939/2010 (kunderådgiver). Afgørelser af denne type kan også begrundes med henvisning til synspunktet om egen skyld og accept af risiko.[19]

Har pengeinstituttet opfyldt sin rådgivningsforpligtelse over for kunden, vil kunden i forbindelse med tab på de foretagne investeringer normalt ikke kunne holde pengeinstituttet ansvarlig for tabet, da der ikke foreligger den fornødne årsagssammenhæng. Se FED 2011.227 V, hvor det i en sådan situation ikke fandtes godtgjort, at kundens tab på valutaspekulationer var forårsaget af fejlagtig eller utilstrækkelig rådgivning fra pengeinstituttets side.

Med hensyn til spørgsmålet om årsagssammenhæng og bevisbyrden herfor, når der er tale om køb af værdipapirer på et tidspunkt, hvor der foreligger utilstrækkeligt eller vildledende skriftligt materiale om værdipapirerne, må

18. Om bevisbyrdefordelingen, se tillige Østre Landsrets utrykte dom af 12. oktober 2011 (sag nr. B-2640-10) vedrørende Jyske Hedge. Dommen er omtalt nærmere hos *Nis Jul Clausen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2012, s. 49 ff., *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2012, s. 147 ff. og *Jeppe Wedel Nielsen*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2014, s. 295 ff.
19. Se nærmere straks nedenfor.

Højesterets dom refereret i UfR 2013.1107 H ligeledes tages i betragtning. Sagen drejede sig om prospektansvar i forbindelse med et prospekt, som Højesteret fandt misvisende i en sådan grad, at der var grundlag for at pålægge emittenten, bank Trelleborg (nu Sydbank) erstatningsansvar. Om årsagssammenhængsproblematikken fandt Højesteret, at der var en formodning for, at de, der havde tegnet aktier i banken ikke ville have tegnet de pågældende aktier, såfremt prospektet havde været retvisende, og derfor heller ikke ville have lidt noget tab. Denne formodning kan afkræftes af selskabet, men som udgangspunkt vil der foreligge den fornødne årsagsforbindelse, såfremt der findes at være handlet culpøst. Det skal i øvrigt bemærkes, at det forhold, at de, som havde tegnet aktier, ikke måtte have læst prospektet, ikke umiddelbart medførte, at der ikke forelå en formodning for den fornødne årsagsforbindelse.[20]

Med hensyn til tab[21] eller andre forhold som egen skyld, accept af risiko, tabsbegrænsningspligt og passivitet synes disse sjældent at være gjort gældende over for Pengeinstitutankenævnet, og såfremt det har været tilfældet, har ankenævnet typisk ikke tillagt det betydning. Se eksempelvis PAN nr. 486/2012 (fornøden årsagssammenhæng, men ikke udvist retsfortabende passivitet ved først at gøre kravet gældende et år efter at obligationerne var solgt med tab). I enkelte tilfælde har ankenævnet dog fundet, at kunden ikke havde lidt et tab. Det var således tilfældet i PAN nr. 47/2011 og PAN nr. 276/2011 vedrørende køb af BankInvest Højrentelande, hvor der ellers normalt gives erstatning, forbi banken ikke har kunnet bevise, at der er ydet den fornødne individuelle rådgivning om risici mv. Af beregninger foretaget af Finansiel Stabilitet (Roskilde Bank) fremgik det, at kunderne havde haft en bruttofortjeneste på investeringen siden erhvervelse, hvorfor ankenævnet ikke fandt det sandsynliggjort, at de havde lidt et erstatningsberettiget tab.

En række trykte domme har derimod frifundet det rådgivende pengeinstitut med henvisning til synspunkterne om tabsbegrænsningspligt, accept af risiko og egen skyld.

Har pengeinstituttet som følge af mangelfuld rådgivning optrådt ansvarspådragende, vil kunden ikke kunne gøre krav gældende over for pengeinstituttet, såfremt kunden har tilsidesat sin almindelige tabsbegrænsningspligt. Se således FED 2013.38 V, hvor et fondsmæglerselskab ikke fandtes at have ydet fyldestgørende rådgivning om løbetid og risiko i forbindelse

20. Om sagen, se nærmere Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, UfR 2013 B 198 ff. og David Moalem, Henning Hedegaard Thomsen og Ted Rosenbaum, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2013, s. 153 ff.
21. Se tillige nedenfor under 3.2.2.

med nogle kunders køb af de komplekse Kalvebod II erhvervsobligationer. Fondsmæglerselskabet havde herved pådraget sig erstatningsansvar. Men da kunderne på et senere tidspunkt blev opmærksomme på erhvervsobligationens karakter, afslog de at sælge obligationerne til en pris, hvor investeringen blev tilbagebetalt uden afkast. Fondsmæglerselskabet frifandtes derfor.

Accept af risiko og egen skyld hos kunden kan ligeledes begrunde, at pengeinstituttet, som har optrådt ansvarspådragende som følge af mangelfuld rådgivning, frifindes. Se således FED 2006.286 Ø, hvor en bank blev frifundet for erstatningskrav over for to kunder, der havde lidt tab ved investering i værdipapirer gennem banken. Det blev lagt til grund, at kunderne måtte havde vidst, at deres lånefinansierede investering var meget risikabel, da de lå inde med mange aktier i forhold til obligationer, ligesom næsten alle deres aktieinvesteringer var inden for teknologi. Derimod fandt Højesteret i UfR 2013.1107 H i relation til prospektansvar ikke, at erstatningsansvaret kunne nedsættes helt eller delvist ud fra betragtninger om egen skyld eller accept af risiko, selvom køberne af aktierne igennem ca. otte måneder havde haft mulighed for at sælge deres aktier uden tab.

3.1.4. Betydningen af § 43 a i lov om finansiel virksomhed

Selvom *Udvalg om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter* som nævnt ovenfor under 1 også skulle overveje spørgsmålet om bevisbyrdefordelingen i sager om finansiel rådgivning, blev resultatet i en erstatningsretlig sammenhæng følgende bestemmelse i lov om finansiel virksomheds § 43 a, som i øvrigt svarer til markedsføringslovens § 20, stk. 2:

> Handlinger i strid med regler udstedt i medfør af § 43, stk. 2, pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.

Hermed er det som reaktion på især Pengeinstitutankenævnets tidligere tilbageholdenhed[22] med hensyn til at tillægge offentligretlige regler betydning ved en erstatningsretligt culpabedømmelse præciseret, at sådanne regler kan

22. Pengeinstitutankenævnets tilbageholdenhed med hensyn til at tillægge tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter betydning ved den erstatningsretlige vurdering er blevet kritiseret. Om problemstillingen, se *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder – Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010, s. 119, *Lennart Lynge Andersen og Nina Dietz Legind*, UfR 2005 B 335 ff., *Tanja Jørgensen og Nina Dietz Legind*, i *Lennart Lynge Andersen (red.)*, Videregående kreditret, 2008, s. 243 ff., *Camilla Hørby Jensen, Nis Jul Clausen og Nina Dietz Legind* i *Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)*, Juridiske Emner fra Syddansk Universitet 2007, s. 180 ff., *Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz*

tillægges betydning. Men om det i den konkrete situation er tilfældet, må afgøres efter dansk rets almindelige regler om erstatningsansvar. Bestemmelsen har således alene betydning for vurderingen af, hvorvidt det fornødne ansvarsgrundlag foreligger, det vil sige, hvilke elementer der kan indgå i culpabedømmelsen. Spørgsmål om bevisbyrdefordelingen og om de andre almindelige betingelser for erstatningsansvar (om kunden har lidt et tab, om der er årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det lidte tab, om tabet er adækvat og om kunder har udvist egen skyld) afgøres fortsat efter almindelige erstatningsretlige regler og principper.

Lov om finansiel virksomhed § 43 a relaterer sig alene til god skik regler, som er udstedt med hjemmel i lov om finansiel virksomheds § 43, stk. 2, det vil i dag sige reglerne i god skik bekendtgørelsen og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen. Andre offentligretlige regler, som også kunne være relevante i forhold til kravene til, hvad der indgår i bedømmelsen af, om den finansielle virksomhed i sin rådgivning har levet op til god faglig standard, er derimod ikke omfattet af bestemmelsen. Dette gælder eksempelvis reglerne i bekendtgørelse om best execution,[23] som er udstedt i medfør af værdipapirhandelslovens § 3, stk. 2, og af betydelig relevans i fremtiden det stigende antal forordninger fra EU på det finansielle område (MiFIR/MiFID II baserede), som ikke kan og skal implementeres i dansk ret, idet de er direkte anvendelige. Men selvom disse regler ikke er omfattet af § 43 a's ordlyd, kan der dog næppe, når henses til domstolenes hidtidige praksis, sluttes modsætningsvist, således at disse offentligretlige regler med karakter af god skik regler ikke kan tillægges betydning ved culpabedømmelsen.

Det er ikke alle regler i god skik bekendtgørelsen og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, som kan tillægges betydning ved culpabedømmelsen. Der skal være tale om regler, som materielt set har til hensigt at beskytte kundernes interesser eller, som det anføres i lovbemærkningerne har private interesser som beskyttelsesformål.[24] Som eksempel på sådanne materielle bestemmelser med mulig betydning for culpabedømmelsen nævnes i lovbemærkningerne fra god skik bekendtgørelsen: § 6, stk. 1 (væsentlige aftaler m.v.), § 8, stk. 2 og 3 (rådgivning), § 9 (kend din kunde) samt § 16 (standardskema) og fra investorbeskyttelsesbekendtgørelsen: § 6 (kundeaftaler), § 10 (vilkår i aftaler), § 12 (oplysninger om finansielle instrumenter, risici m.v.), § 16 (egnethedstest), § 17 (hensigtsmæssighedstest), § 18 (oplysninger fra kunden) samt

Legind, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010, s. 338 ff. samt *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2011, s. 56.

23. Jf. bekendtgørelse nr. 811 af 30. juni 2011.
24. Jf. bemærkningerne til lovforslag 73/2014, pkt. 2.1.1.3.

§ 19 (execution only). Disse eksempler relaterer sig alle til bestemmelser, som fandtes i de to bekendtgørelser, som de forelå i 2014. Tilsidesættelse af en række af de nye bestemmelser, som er indført i bekendtgørelserne i 2015, vil ligeledes kunne indgå i culpabedømmelsen. Det gælder eksempelvis de nye bestemmelser i god skik bekendtgørelsens § 7 (rådgivning m.v. rettet mod børn og unge), § 8, stk. 4 (uafhængig rådgivning) og § 13 (skatterådgivning m.v.).

3.2. Aftaleretlige aspekter

De aftaleretlige problemstillinger, som knytter sig til finansielle virksomheders ansvar for rådgivning af kunder og handel med værdipapirer på disses vegne, relaterer sig især til, om der er indgået en aftale, om den finansielle virksomheds rådgivning og handel på kundens vegne har været i overensstemmelse med det aftalte, samt hvorvidt den indgåede aftale er ugyldig.

3.2.1. Aftalens indgåelse og indhold

Spørgsmålet, om der overhovedet er indgået en aftale, eller om en allerede indgået aftale er ændret, har været fremme i flere sager ved Pengeinstitutankenævnet. Den, her kunden, der hævder, at der er indgået en sådan aftale, har i almindelighed bevisbyrden herfor, hvilket også er lagt til grund ved ankenævnet. Det har typisk været vanskeligt for kunden at løfte denne bevisbyrde, da der ikke har foreligget en skriftlig, men muligvis en mundtlig aftale.[25] Se eksempelvis PAN nr. 62/2015 (endelig bindende aftale om køb af værdipapirer ikke indgået under et møde i banken), PAN nr. 1881/2012 (ikke godtgjort, at der var indgået formueplejeaftale), PAN nr. 123/2015 (ikke indgået aftale om salg af værdipapirer inden en bestemt dato) samt PAN nr. 570/2012 (ikke godtgjort at der var indgået en mundtlig stop loss aftale, som ændrede indholdet af en tidligere indgået skriftlig aftale). På den anden side har ankenævnet i PAN nr. 521/2012 antaget, at kundens manglende reaktion på modtagne fondsnotaer måtte betragtes som en stiltiende accept af, at der var indgået en ny aftale om omlægning af kundens værdipapirbeholdning til betydelig mere risikofyldte produkter.[26]

25. Det bemærkes, at behandlingen af sager ved Pengeinstitutankenævnet stort set udelukkende sker på skriftligt grundlag, og at sager kan afvises, såfremt de kræver en bevisførelse, som ikke kan finde sted ved ankenævnet, jf. vedtægterne for Pengeinstitutankenævnet § 7, stk. 1.
26. Se tillige FED 2011.227 V, hvor det ikke kunne lægges til grund, at der mellem parterne var indgået en aftale om, at kundens tab ikke kunne overstige 1 mio. kr.

I forbindelse med rådgivning om køb og salg af værdipapirer kan der være indgået en skriftlig (porteføljepleje- eller formuepleje-) aftale mellem pengeinstituttet og kunden, hvorefter pengeinstituttet inden for fastlagte rammer har fuldmagt til at udføre transaktioner på kundens vegne. I denne aftale vil kundens risikoprofil og risikovillighed typisk ligeledes være fastlagt.

Om pengeinstituttet rent faktisk har overholdt det således aftalte kan have betydning for ansvarsvurderingen. Er de af pengeinstituttet foretagne køb og salg af værdipapirer i strid med den indgåede aftale, kan kunden have krav på erstatning for det lidte tab. Også her er det kunden, der må bevise, at de foretagne investeringer ikke er i overensstemmelse med det aftalte.

Er de af pengeinstituttet foretagne værdipapirtransaktioner i overensstemmelse med den indgåede aftale, vil pengeinstituttet som udgangspunkt ikke kunne pålægges ansvar. Se således eksempelvis PAN nr. 497/2012, hvor der kun var investeret 5 pct. i Jyske Hedge, mens det efter den indgåede formueplejeaftale var muligt at investere op til 20 pct. i alternative investeringer. En forudsætning, for at pengeinstituttet i disse tilfælde frifindes, er dog, at de foretagne investeringer ikke er i strid med kundens risikoprofil og risikovillighed. Se UfR 2013.182 H omtalt straks nedenfor og eksempelvis PAN nr. 587/2012 og PAN nr. 74/2014, hvor ankenævnet ikke fandt det godtgjort, at de foretagne investeringer var i strid med den indgåede aftale eller med henholdsvis kundens risikovillighed og kundens investeringsprofil. Tilsvarende i FED 2011.62 V, hvor pengeinstituttets køb af en større mængde af ScandicNotes obligationer var i overensstemmelse med den indgåede formueplejeaftale, og da der ikke var grundlag for at fastslå, at kundens risikoprofil var lav, fandtes pengeinstituttet ikke at have handlet ansvarspådragende.[27]

Det her nævnte aftaleretlige aspekt var ligeledes centralt i Vestre Landsrets frifindelse af et pengeinstitut i sagen refereret i UfR 2012.2749 V. Spørgsmålet var her, hvorvidt en omlægning fra realkreditobligationer til de mere risikofyldte ScandicNotes II Junior erhvervsobligationer lå inden for rammerne af den mellem pengeinstituttet og kunden indgåede aftale om investering i værdipapirer.[28] Som dommen er formuleret, synes det for frifindelsen at være afgørende, at de foretagne investeringer, trods de risici som måtte være for-

27. Det blev i dommen desuden fastslået, at pengeinstituttet ikke var forpligtiget til specifikt at rådgive om købet af ScandiNotes obligationerne, da købene skete i helhold til den indgåede formueplejeaftale.
28. Mens landsretten således foretog en aftaleretlig vurdering, fandt byretten derimod, at sagen skulle behandles som en konkret rådgivningssituation, altså ud fra et professionserstatningsretligt perspektiv. Byretten fandt, at der som følge af den særlige risiko, som var forbundet med de produkter, som der var investeret i, måtte påhvile pengeinstituttet pligt til at oplyse en investor om den særlige risiko. Byretten fandt

bundet hermed, lå inden for rammerne af den indgåede aftale. Desuden var omlægningen godkendt af kunden, hvorfor der ikke var tale om et traditionelt diskretionært mandat til pengeinstituttet. Det blev tillige tillagt betydning, at kunden inden godkendelsen af omlægningen efter eget udsagn havde kontaktet sin revisor. Samlet indikerer dette, at kunden vidste eller i hvert fald burde være bekendt med risikoen ved de foretagne investeringer. Der er således i den konkrete sag også et betydeligt element af accept af risiko/egen skyld.[29]

Er de investeringer, som pengeinstituttet har foretaget på kundens vegne, derimod ikke i overensstemmelse med den indgåede aftale, eller afspejler den fastlagte risikoprofil/risikovillighed ikke kundens reelle situation, vil pengeinstituttet som udgangspunkt blive pålagt at erstatte det herved lidte tab eller tilbagekøbe de pågældende værdipapirer. Se eksempelvis PAN nr. 358/2010, hvor bankens investering af ca. 50 pct. af kundens midler i 2 % Klavebod III 2014 obligationer fandtes at stride imod såvel den aftalte risikoprofil som den aftalte investeringssammensætning.

Aftaleretlige aspekter var ligeledes centrale i UfR 2013.182 H, hvor Højesteret fandt, at et pengeinstitut i et vist omfang på kundens vegne havde investeret i virksomhedsobligationer, som var uforenelige med kundens risikoprofil. Spørgsmålet var, om pengeinstituttet som formueforvalter havde handlet ansvarspådragende ved at have investeret ca. 68 pct. af kundens midler i virksomhedsobligationerne ScandicNotes og Kalvebod. De indgåede formueplejeaftaler gav alene pengeinstituttet fuldmagt til at investere i »obligationer«. Af den seneste aftale fremgik det desuden, at kunden ønskede »så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt«, og kunden valgte kunderisikotallet 2 i kategorien »lav risiko«, som var den laveste af de tre risikokategorier, inden for hver der kunne vælges et risikotal i intervallet 1-3.

Højesteret udtalte, at henvisningen i de indgåede aftaler til finansielle produkter »obligationer« efter en sædvanlig forståelse måtte antages også at omfatte virksomhedsobligationer. Pengeinstituttet havde således efter aftalen med kunden været berettiget til at investere i de nævnte virksomhedsobligati-

det ikke godtgjort, at pengeinstituttet havde opfyldt denne rådgivningspligt, hvorfor den havde handlet ansvarspådragende.

29. Landsrettens afsluttende bemærkning om at kunden havde modtaget relativt store udbytter af de foretagne investeringer i ScandicNotes kan vel tages som udtryk for, at der er grænser for, i hvilket omfang man på den ene side i opgangstider kan drage nytte af investeringen, mens man på den anden side i nedgangstider med tab til følge gør gældende, at der i forhold til de samme investeringer er handlet ansvarspådragende.

oner, selvom der hertil er knyttet en større risiko, end den som normalt anses for knyttet til (danske) stats- og realkreditobligationer.

Banken havde dog efter Højesterets opfattelse i meget betydeligt omfang investeret i virksomhedsobligationer. Dette havde udsat kunden for en risiko for tab, som ikke var forenelig med den for kunden fastlagte risikoprofil »lav«. Højesteret fandt tillige, at kunden ikke var afskåret fra at rejse krav mod pengeinstituttet på grund af manglende reklamation eller passivitet i forbindelse med modtagne salgsnotaer. Kundens krav var heller ikke afskåret ved de af pengeinstituttet anvendte ansvarsfraskrivelsesklausuler. I det omfang der var købt virksomhedsobligationer i en mængde ud over det, der var foreneligt med risikoprofilen, fandt Højesteret derfor, at kunden havde krav på enten erstatning for tab, eller krav på at de uretmæssige køb og følgerne heraf blev tilbageført. Højesteret opgjorde i den konkrete sag mellemværendet skønsmæssigt.[30]

I hvilket omfang der i forhold til den enkelte kunde/den indgåede formueplejeaftale kan investeres i virksomhedsobligationer må således udover eventuelle grænser og intervaller fastsat i aftalen bero på en konkret vurdering, hvor den for kunden fastlagte risikoprofil er helt afgørende. Med en risikoprofil »lav« og en risikovillighed »så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt«, har der for Højesteret næppe været tvivl om, at en investering af 68 pct. i risikofyldte produkter som ScandiNotes og Kalvebod klart lå uden for det, som var muligt med den aftalte risikoprofil og risikovillighed. For denne vurdering og hermed ansvaret for pengeinstituttet var en i formueplejeaftalen fastlagt ansvarsfraskrivelsesklausul efter Højesterets opfattelse uden betydning. Det må derfor antages, at generelle ansvarsfraskrivelsesklausuler normalt ikke tillægges betydning som begrundelse for at begrænse erstatningsansvaret i kontrakt ved rådgivning om og handel med finansielle produkter.

30. Sagen har tidligere været afgjort i Pengeinstitutankenævnet, jf. PAN nr. 453/2008, hvor kunden fik medhold. Ankenævnet fandt, at de formueplejeaftaler, som kunden indgik med banken, måtte forstås således, at kunden havde den lavest mulige risikovillighed, hvilket blandt andet blev understreget af formuleringerne i de indgåede aftaler og af kundens fuldstændige fravalg af aktier. Ønsket om den lavest mulige risiko måtte indebære, at der kun kunne investeres i danske statsobligationer, danske realkreditobligationer og værdipapirer, som kunne sidestilles hermed. Det blev ikke anset for at være i overensstemmelse hermed at investere i virksomhedsobligationer som de omhandlede ScandiNotes obligationer og Kalvebod obligationer.

3.2.2. Aftalens ugyldighed

Når en kunde køber værdipapirer på baggrund af et pengeinstituts rådgivning af kunden, kan den kunde, som mener, at rådgivningen var mangelfuld, afhængig af de konkrete omstændigheder gøre gældende, at aftalen om købet er ugyldig efter aftalelovens § 33 (stridende mod almindelig hæderlighed) eller efter § 36 (om urimelighed). Er der tale om en forbruger (detailkunde) vil § 38 c ligeledes være relevant. I grove, men næppe praktisk relevante tilfælde vil ugyldighed ligeledes kunne støttes på § 30 (svigagtig fortielse).

Får kunden medhold i, at aftalen er ugyldig, stilles kunden som om aftalen ikke var indgået og har krav på erstatning i form af negativ kontraktsinteresse. Også her er udgangspunktet, at det er den (kunden), der gør gældende, at aftalen er ugyldig, der har bevisbyrden for, at der foreligger omstændigheder, som begrunder aftalens ugyldighed.

Som det fremgår af den norske retspraksis om anvendelse af aftalelovens §§ 33 og 36 på aftaler om rådgivning og handel med værdipapirer, vil der ved hæderligheds- og urimelighedsvurderingen typisk blive lagt vægt på pengeinstituttets informationsgivning. Spørgsmålet er, om pengeinstituttet under hensyn til den konkrete kundes forhold (økonomi, finansielle indsigt, risikoprofil, risikovillighed, investeringshorisont m.v.) og de konkret handlede værdipapirer har givet kunden relevante og fyldestgørende oplysninger om produktets karakter, og de risici som kan være forbundet med investeringen. Har pengeinstituttets oplysninger set i dette lys været vildledende, mangelfulde eller utilstrækkelige, kan det begrunde, at kundens aftale om køb/salg af værdipapirerne er ugyldig. Ved vurderingen i relation til ugyldighedsbestemmelserne i §§ 33 og 36 vil tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter i den finansielle lovgivning kunne tillægges betydning.

Anvendelsen af § 36 vil især, men ikke udelukkende kunne bringes i anvendelse, hvor kunden er en ikke professionel (detail-) kunde med forbrugerstatus. Anvendelse af § 36 giver desuden mulighed for såvel hel som delvis tilsidesættelse af aftalen.

Der ses som nævnt ikke at foreligge trykte danske domme, hvor ugyldighedsindsigelsen har været gjort gældende.

Statueres der ugyldighed, skal parterne stilles, som om aftalen ikke var indgået, og kunden har mulighed for erstatning i form af negativ kontraktsinteresse. Det skal i den forbindelse bemærkes, at selvom der er væsentlige forskelle i retsvirkninger og opgørelsen af et eventuelt erstatningskrav afhængig af, om der pålægges professions- og rådgivningsansvar, statueres ugyldighed efter aftalelovens bestemmelser herom, eller fastslås at der foreligger en i køberetlig forstand hævebegrundende mangel ved værdipapirerne, har Pengeinstitutankenævnet blandt andet i sagerne om Jyske Hedge, uanset om kunderne

har ønsket erstatning eller tilbagekøb, fastholdt, at der skal ske tilbagekøb. Det vil sige, at kunden som ved aftalers ugyldighed og ophævelse stilles, som om aftalen ikke var indgået. Mod tilbagelevering af Jyske Hedge obligationerne vil kunden modtage købsprisen på typisk kurs 102 (udbudsprisen) retur fra Jyske Bank. Det forhold, at Jyske Bank generhverver de solgte obligationer, medfører, at efterfølgende kursgevinster/-fald tilfalder Jyske Bank. Havde der været tale om erstatning i traditionel forstand, ville kunderne derimod have beholdt værdipapirerne, hvorfor efterfølgende kursgevinster/-fald ville tilfalde kunderne. Ved at vælge tilbagekøb frem for erstatning for tab undgås de vanskeligheder, som en fastlæggelse af tabets størrelse ville kunne medføre – vanskeligheder, som formentlig ville føre til en skønsmæssig fastlæggelse af tabet. Det kan ikke udelukkes, at kunderne økonomisk stilles bedre ved tilbagekøb end ved en egentlig tabsopgørelse.

Problemstillingen var også fremme i UfR 2013.182 H omtalt nærmere ovenfor under 3.2.1. Selvom Højesteret i sagen opgjorde mellemværendet skønsmæssigt, er det med dommen principielt fastslået, at i tilfælde, hvor der foreligger et ansvarspådragende forhold i forbindelse med finansiel rådgivning, har kunden mulighed for enten at kræve erstatning for det lidte tab, eller forlange at pengeinstituttet tilbagekøber de værdipapirer, som kunden fortsat besidder, til anskaffelsessummen. Mens Højesteret ikke nærmere begrunder, hvorfor pengeinstituttet kan pålægges tilbagekøbspligt, henviste Østre Landsret, som også statuerede tilbagekøbspligt, direkte til Pengeinstitutankenævnets langvarige praksis med tilbagekøbspligt: »Denne fremgangsmåde med tilbagekøb af de tilbageværende obligationer er i overensstemmelse med en af Pengeinstitutankenævnet fast og længe fulgt praksis, og landsretten finder, at den udgør et afbalanceret alternativ – antagelig i begge parters bedste interesse – til en traditionel erstatningsopgørelse for de værdipapirer, som fortsat er i kundens besiddelse.«[31]

3.3. Køberetlige aspekter

Det fremgår implicit af købelovens § 19 og § 20, at købeloven finder anvendelse på køb og salg af aktier og obligationer. Ved et pengeinstituts salg af disse værdipapirer til kunder vil der i køberetlig henseende typisk være tale om halvgenerisk køb, jf. købelovens § 3, altså omfattet af købelovens regler om genuskøb.

31. Om denne problemstilling, se tillige *Nis Jul Clausen og Nina Dietz Legind*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 4-5/2013, Skrifter til minne om Viggo Hagstrøm, s. 590 ff. og *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2012, s. 150 ff.

Selvom en handel med værdipapirer er omfattet af købelovens regler, er det dog en forudsætning herfor, at kunders køber henholdsvis sælger af værdipapirerne er det rådgivende pengeinstitut. Dette vil eksempelvis være tilfældet, når pengeinstituttet sælger egne aktier, som er udstedt af det pågældende pengeinstitut. Dette var eksempelvis tilfældet i sagerne om Roskilde Banks (lånefinansierede) salg af bankens aktier. Selvom de handlede aktier og obligationer ikke er udstedt af det pågældende pengeinstitut, vil købeloven også finde anvendelse, hvis købet eller salget gennemføres via pengeinstituttets egenbeholdning. Men i andre tilfælde vil det rådgivende pengeinstitut alene optræde som formidler af købet/salget i forhold til kunden og derfor ikke være direkte part i købsaftalen, hvorfor købeloven ikke er anvendelig.[32]

Foreligger der i køberetlig henseende en væsentlig mangel ved de købte værdipapirer, vil kunden efter købelovens § 43 (§ 42) kunne hæve købet i forhold til det sælgende/købende og rådgivende pengeinstitut. Er der tale om forbrugerkøb, følger hæveadgangen af købelovens særlige regler i §§ 75 a ff., der gælder i forbrugerkøb, om salgsgenstandens overensstemmelse med aftalen (mangler). Retsvirkningen af at handelen hæves, er, at parterne som udgangspunkt hver skal tilbagegive de modtagne ydelser, jf. §§ 57 og 58, og kunden vil afhængig af de konkrete omstændigheder kunne kræves erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Det afgørende for, om kunden i forhold til pengeinstituttet kan hæve en handel med værdipapirer, er således, at der foreligger en mangel ved værdipapirerne, og at denne mangel er væsentlig. Når der bortses fra den særlige fastlæggelse af mangelsbegrebet i forbrugerkøb i købelovens §§ 75 a og 76, indeholder købeloven ikke en nærmere fastlæggelse af mangelsbegrebet. Det er dog fast antaget, at de elementer, som efter § 76 må tillægges vægt ved mangelsbedømmelsen i forbrugerkøb, er udtryk for almindelige principper om mangelsbedømmelsen, hvorfor de også indgår i mangelsbedømmelsen uden

32. I Østre Landsrets utrykte dom af 12. oktober 2011 tog landsretten ikke kundens principale påstand om ophævelse af køb af Jyske Hedge obligationer til følge. Der fandtes ikke at være grundlag herfor, idet Jyske Bank i forhold til salget af Jyske Hedge alene var formidler af produktet (Jyske Hedge obligationerne var udstedt af Jyske Invest). Da banken ikke var sælger af produktet og hermed ikke kundens direkte kontraktpart, kunne hævebeføjelsen ikke gøres gældende over for banken. Kunden fik derimod medhold i sin subsidiære påstand om erstatning. Erstatningen blev i overensstemmelse med den nedlagte påstand fastsat til differencen mellem anskaffelsessummen for de købte Jyske Hedge (999.906 kr.) og kursværdien af beholdningen på datoen for dommens afsigelse (dog højst 803.846 kr.). Hertil kom procesrenter fra sagens anlæggelse.

for forbrugerkøb.[33] Der foreligger således en mangel ved værdipapiret, såfremt »sælgeren har forsømt at give køberen oplysninger om forhold, der har betydning for køberens bedømmelse af salgsgenstanden, og som sælgeren kendte eller burde kende«, jf. købelovens § 76, stk. 1, nr. 3. Det kan også udtrykkes således, at der foreligger en – væsentlig – mangel, såfremt pengeinstituttet i forbindelse med sin rådgivning og kundens køb/salg af værdipapirer fra pengeinstituttet har tilsidesat sin loyale oplysningspligt. Ved bedømmelsen heraf må der tages udgangspunkt i den konkrete kundes forhold og karakteren af (risikoen forbundet med) de værdipapirer, som handles. Ved vurderingen af hvorvidt pengeinstituttet har tilsidesat sin loyale oplysningspligt, vil eventuel tilsidesættelse af offentligretlige god skik regler, som har til formål at beskytte kunderne, ligeledes kunne tillægges vægt.

En konsekvens af (ulempe ved) at anvende købelovens regler om hæveadgang ved væsentlige mangler er, at man undergives den særlige 2 årige forældelsesfrist i købelovens § 54, som regnes fra tidspunktet for værdipapirernes overgivelse. Benyttes derimod aftaleretlige eller erstatningsretlige betragtninger, er sagen underlagt den almindelige 3 årige forældelsesfrist i forældelsesloven, jf. lovens § 3, stk. 1. Forældelsesfristen løber da fra rådgivningstidspunktet.

I de senere år har der ikke overraskende været en del sager ved Pengeinstitutankenævnet, hvor sagens udfald har beroet på, hvorvidt der var indtrådt forældelse, herunder indtil hvilket tidspunkt forældelsesfristen kunne anses for suspenderet efter § 3, stk. 2. I sagerne om køb af Roskilde Bank aktier er det således antaget, at forældelsesfristen var suspenderet indtil den 24. august 2008, hvor banken oplyste, at den ikke længere opfyldte lovgivningens solvenskrav, se eksempelvis PAN nr. 348/2014. I Jyske Hedge sagerne var forældelsesfristen suspenderet, indtil kunderne modtog en redegørelse fra hedgeforeningens bestyrelse den 22. oktober 2008, se eksempelvis PAN nr. 475/2012.

4. Afsluttende bemærkninger

Retskonflikter mellem en finansiel virksomhed og dennes kunder i forbindelse med rådgivning vedrørende handel med værdipapirer kan således anskues ud fra erstatningsretlige betragtninger baseret på et professionsansvar, ud fra aftaleretlige betragtninger og ud fra køberetlige betragtninger. Selvom det grundliggende spørgsmål i relation til alle de tre retsgrundlag med den norske Højesterets formulering i Rt. 2012 s. 1926 – Fokus Bank er det samme,

33. Jf. således betænkning nr. 845/1978, s. 31 og betænkning nr. 1403/2001, s. 46 og 66 ff.

»nemlig om kundens tap kan føres tilbake til mangelfull eller villedende informasjon fra bankens side«, er der dog forskelle på, hvornår de forskellige retsgrundlag kan finde anvendelse, og hvilke retsvirkninger der knytter sig til deres anvendelse. Dette bør være en overvejelse værd ved fremtidige sager af denne art.

Om samboende – gifte eller ugifte – pars fælles hæftelse

Af Lone Hansen og Hans Viggo Godsk Pedersen

1. Indledning

For ægtefæller gælder i retsvirkningsloven et princip om særråden og særhæften. En række forskellige regler gennembryder dog reglen om særhæften. Retsvirkningsloven indeholder således en regel i § 11 om fælles hæftelse for kreditkøb til dækning af dagliglivets fornødenheder. Den betænkning om Ægtefællers økonomiske forhold, der udkom i 2015,[1] foreslår bl.a. ophævelse af reglerne i retsvirkningslovens §§ 11 og 12, der netop omhandler hæftelsen for dagliglivets fornødenheder. Der er andre regler, der uden for retsvirkningsloven tilvejebringer fælles hæftelse for en række dispositioner, ligesom der eksisterer fælles hæftelse for visse krav. Der kan for eksempel være tale om dels hæftelse i kraft af de almindelige regler om fuldmagt dels om hæftelse med hjemmel i lovregler, for eksempel inddrivelseslovens § 12. I lyset af disse regler vil vi i det følgende se nærmere på, i hvilket omfang en ophævelse af retsvirkningslovens §§ 11 og 12 rent praktisk vil indebære en ændring i forhold til gifte, og om det tillige vil skabe ensartethed mellem samboende gifte og ugifte par. Da der er tale om ophævelse af en hæftelsesregel, vil vi tillige undersøge, om kreditorernes stilling må antages at være tilstrækkeligt sikret.

2. Kort om retsvirkningslovens § 11

Retsvirkningslovens § 11 stammer fra Udkast til Lov om Ægteskabets Retsvirkninger fra 1918, og var en del af retsvirkningsloven, da den blev gennemført i 1925. Formålet med bestemmelsen var, at give den hjemmearbejdende husmor mulighed for at foretage indkøb til den daglige husholdning hos de lokale handlende på kredit. Den hjemmearbejdende husmor var oftest uden selvstændige indtægter, således at det var manden, der var den kreditværdige.

1. Nr. 1552 af 2015.

Ønsket om ligestilling – i hvert fald i relation til den daglige husholdning – nødvendiggjorde, at også manden skulle hæfte for disse udgifter til husholdningen, der ofte foregik ved køb på kredit med afregning en gang om ugen eller måneden.[2]

I nutiden indkøbes dagliglivets fornødenheder meget ofte i et supermarked, hvor der afregnes ved kassen, typisk med et betalingskort. Den kredit, som § 11 omhandler, findes således kun i et særdeles begrænset omfang i dag. Hertil kommer, at reglen kun omfatter samlevende ægtefæller.[3] Da et betydeligt antal personer samlever uden at være gift, vil det kun være en del af parforholdene, der er omfattet af reglen, hvilket giver den et tilfældighedspræg.

Udvalget bag den nye betænkning overvejede, om man skulle og kunne gøre reglen mere nutidig og dermed praktisk anvendelig ved at udvide den til at omfatte »andre former for køb på kredit end køb til den daglige husholdning, herunder eksempelvis håndværkerudgifter.«[4] Udvalget anførte imidlertid to årsager til ikke at gøre det. For det første ville en sådan modernisering og dermed udvidelse af § 11's anvendelsesområde indebære et betydeligt brud med princippet om særhæften. For det andet lagde udvalget vægt på, at bestemmelsen i § 11 ikke var begrundet i hensynet til kreditorerne, men af hensynet til ægtefællernes mulighed for indkøb på kredit. Kreditorhensynet ved kreditkøb kan varetages ved, at kreditorer, der lægger vægt på begges hæftelse, sikrer dette som betingelse for at yde kredit. Dette er baggrunden for, at udvalget valgte at foreslå reglen ophævet i stedet for at modernisere den.[5]

3. Kort om ændringer i familiers indkøbs- og kreditmønstre

Det er ikke blot den måde, hvorpå man foretager indkøb til den daglige husholdning, der har ændret sig over tiden. Også familiers kreditmønstre i øvrigt har ændret sig over tid. Tilbage i tiden, hvor det typisk var manden, der havde indtægt, var det også typisk manden, der stod for en eventuel ejerbolig, og det var på den baggrund også kun ham, der havde optaget lån i boligen. I nutiden har hustruen også indtægt, og boligen er ofte erhvervet i fællesskab, således at

2. Motiverne til bestemmelsen findes i Udkast til lov om ægteskabets retsvirkninger fra 1918, side 81-89.
3. Se dog U 1930.540 Ø, hvor ugifte samlevende optrådte som ægtepar, hvorfor manden hæftede for kvindens tandteknikerregning.
4. Betænkning nr. 1552 af 2015, side 420.
5. Betænkning nr. 1552 af 2015, side 420.

der også er to låntagere, der begge hæfter for den gæld, som de måtte optage i ejendommen. Tilsvarende gælder for ugifte samlevende.

Det er en naturlig følge af, at begge parter har indtægter, at de også begge har mulighed for at opnå kreditter. Det gælder dog ikke altid ved større kreditter, fx til biler, hvor de ofte optræder sammen, enten fordi det er nødvendigt af hensyn til at få et billån, eller fordi de har et ønske om begge at være ejere af bilen. Derimod vil mange af de mindre forbrugskreditter ofte kunne optages af parterne hver for sig. Sådanne lån til forbrug er ikke omfattet af retsvirkningslovens § 11, selvom de udelukkende bruges til indkøb af dagliglivets fornødenheder.[6]

4. Hæftelsesregler

Som nævnt omfatter retsvirkningslovens § 11 kun dispositioner foretaget af samlevende ægtefæller. Tilsvarende gælder reglen om gensidig subsidiær hæftelse for ægtefællens indkomstskat i inddrivelseslovens § 12. Da formålet med denne artikel bl.a. er at belyse kreditorhensynet ved en evt. ophævelse af retsvirkningslovens § 11 samt at sammenligne hæftelse for henholdsvis gifte og ugifte samlevende, skal inddrivelseslovens § 12 ikke omtales nærmere. Hertil kommer, at en ophævelse af retsvirkningslovens § 11 næppe vil påvirke anvendelse af inddrivelseslovens § 12.

De almindelige fuldmagtsregler, der ofte vil være anvendelige, når to personer lever som et gift eller ugift par, er derimod som udgangspunkt ikke afhængige af, om der er tale om et ægtepar eller ej. Tilsvarende gælder for reglerne om hæftelse for berettiget eller uberettiget brug af betalingskort. Vi vil i det følgende have særlig fokus på legitimationsregler.

5. Fuldmagts- og legitimationsregler

De generelle fuldmagts- og legitimationsregler gælder naturligvis ubegrænset for såvel ægtefæller som ugifte samlevende. Der er imidlertid en række tilfælde, hvor det kan overvejes, om der er særlige forhold, der kan sandsynliggøre, at der er en udtrykkelig eller stiltiende bemyndigelse fra den ene af parterne til den anden. Hertil kommer, at der kan være tilfælde, hvor forholdet udadtil kan komme til at fremtræde som et fuldmagtsforhold eller som et

6. Se f.eks. Anitta Godsk Pedersen & Hans Viggo Godsk Pedersen, Familie- og arveret, 8. udgave, side 81.

interessentskabslignende forhold. Vi vil i det følgende undersøge retspraksis på området. Overordnet kan det konstateres, at de foreliggende domme kan inddeles i to grupper, hvor det eventuelle hæftelsesgrundlag bygger på fuldmagtsbetragtninger på den ene side og interessentskab eller samejeforhold på den anden side.

5.1. Fuldmagts- og legitimationsbetragtninger som hæftelsesgrundlag

Hæftelse på grundlag af fuldmagtsbetragtninger kan naturligvis bygge på en udtrykkelig fuldmagtserklæring eller stillingsfuldmagt. Disse fuldmagtstyper har hjemmel i aftaleloven. Aftaleloven er imidlertid ikke udtømmende[7], og uden for denne vil der f.eks. kunne være tale om en adfærds- eller tolerancefuldmagt. Hertil kommer, at der kan være tilfælde, hvor en manglende reaktion må antages at indebære en accept af hæftelse for et krav, der er stiftet af den anden af parterne.

U 1954.305 H. En mand benyttede hustruens navn ved køb af en forretning for 9.000 kr. kontant samt mod udstedelse af et gældsbrev på 4.000 kr. uden fuldmagt og uden hustruens viden ved dispositionens foretagelse. Landsretten lagde vægt på, at manden havde fortalt hustruen, at han havde købt forretningen for hende, og at hun ikke uopholdeligt derefter havde meddelt sælgeren, at hun ikke ville vedstå handlen, som hendes mand havde savnet bemyndigelse til at indgå for hende, men tværtimod havde været parat til at godkende handlen, hvis forretningen var god. På det grundlag ansås hustruen for at have godkendt mandens optræden på hendes vegne. Højesteret stadsfæstede i henhold til de i dommen i så henseende anførte grunde landsrettens afgørelse, idet det nævntes, at hustruen hæftede for købet, idet hun forholdt sig passivt efter, at hun var blevet gjort bekendt med vilkårene for handlen.

Umiddelbart er afgørelsen ikke begrundet i en sædvanlig fuldmagtsbetragtning, men bygger på en efterfølgende ratihabition af aftalen. Det kan dog næppe ganske udelukkes, at der i den konkrete situation kan have været en indbygget forståelse mellem ægtefællerne om, at manden efter omstændighederne kunne foretage købet af forretningen på hustruens vegne. Dette kan til dels udledes af hustruens forklaring i retten om, at hun intet havde imod handlen, hvis forretningen var god. Man kunne således fristes til at tro, at domstolene har haft fuldmagtsspørgsmålet i tankerne ved afgørelsen.

7. Se bl.a. Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og Mellemmænd, 6. udgave, Karnov Group 2012, side 280f samt Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen & Anders Ørgaard; Almindelig Kontraktsret. 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 217f.

Denne afgørelse handler om ægtefæller. Som det fremgår, er den begrundet i godkendelse af aftalen. Muligvis kunne den være begrundet i en stiltiende fuldmagt. Uanset hvilken af begrundelserne, man ville foretrække, må det anses for at være så klare formueretlige betragtninger, at afgørelsen måtte have haft samme udfald, hvis der havde været tale om to ugifte samlevende.

U 1978.724 V. En gift kvinde ejede en vognmandsforretning med lastvogn med anhænger, og hun havde vognmandstilladelse i sit navn. Mandens navn stod imidlertid på lastvognstoget. Landsretten antog, at hustruen ejede og drev vognmandsvirksomheden, og at manden havde indtaget en sådan stilling i virksomheden, at hustruen måtte være forpligtet til at betale for de produkter, som manden havde indkøbt til virksomheden.

Landsretten fastslår således som grundlag for kvindens hæftelse, at der her var tale om en stillingsfuldmagt, men gør ikke meget ud af indholdet af stillingen. Formentlig ligger der er form for legitimationsbetragtning på det grundlag, at hustruen har ladet manden fremtræde som ejer af lastvognstoget, idet hans navn var malet på lastbilen, i hvilken han afhentede de indkøbte produkter. Derved må landsretten have fundet det afgørende, at hustruen lod det virke, som om han kunne forpligte virksomheden over for en tredjemand.

Da en samlever utvivlsomt kunne have indtaget en tilsvarende stilling, ville afgørelsen også i dette fælde have fået samme udfald, hvis der havde været tale om to ugifte samlevende.

U 1985.427 V. En kvinde havde en konto med tilknyttet kontokort i Salling. Ifølge vilkårene for kontokortet kunne kortet kun anvendes af »kontohaver, ægtefælle samt personer i husstanden, der er fyldt 18.« Efter at have boet nogle måneder sammen med en mand, blev hun den 2. september 1993 af denne mand udelukket fra den fælles bolig. Hun fik ikke sine ejendele med og måtte ved hjælp fra fogeden og låsesmed skaffe sig adgang til lejligheden den 5. september. Hun have ikke fået sin taske med den 2. september. Tasken indeholdt bl.a. hendes personlige papirer, checkblanketter og det omtalte kontokort. Den 3. september fortalte den lokale købmand hende, at manden havde indløst en check fra hendes checkhæfte. Hun havde ikke tænkt på, at manden også ville eller kunne misbruge kontokortet, hvilket han imidlertid gjorde ved indkøb den 3. og 6. september. Kvinden blev i byretten frifundet for hæftelse for indkøbene i Salling den 3. og den 6. september. Da kontokortet kunne benyttes af husstanden, og da kvinden den 3. september blev klar over, at manden havde misbrugt hendes checkblanketter, burde hun efter landsrettens opfattelse have indset, at der også var risiko for misbrug af kontokortet. Hun blev derfor dømt til at betale for indkøbet den 6. september, idet hun ikke på det tidspunkt havde søgt kortet spærret.

Som følge af vilkårene for kontokortet var der en legitimation for manden til at benytte kortet i Salling. Kortet kunne ifølge aftalen benyttes af en ægtefælle samt personer i husstanden, der var fyldt 18 år. På denne baggrund må

det kunne konstateres, at udfaldet måtte blive det samme, uanset om der var tale om ugifte samlevende eller ægtefæller.[8] Når afgørelsen alligevel er medtaget i denne artikel, skyldes det, at det bliver lagt til grund, at kvinden ikke reagerede, da hun indså eller burde have indset, at der kunne være risiko for, at manden ville misbruge kontokortet. Afgørelsen er således på dette punkt i harmoni med en del af de øvrige behandlede afgørelser, der netop lægger vægt på, at en part pålægges en reklamationspligt, når der er en rimelig grund til at gøre det.

U 1987.43 V. En mand bestilte installationsarbejde til udførelse på en ejendom, som hustruen netop havde erhvervet efter, at mandens ejendom var blevet bortsolgt på tvangsauktion. Installatøren vidste ikke, at manden ikke ejede ejendommen. Efter færdiggørelse af arbejdet sendte installatøren regningen til manden, der imidlertid ikke betalte. Hustruen var ved indflytningen blevet klar over omfanget af installationsarbejdet, men reagerede ikke over for installatøren i den anledning. Først da samlivet mellem ægtefællerne var blevet ophævet, og installatøren rettede kravet mod hende, gjorde hun gældende, at hun ikke havde bestilt eller godkendt arbejdets udførelse, og at hun derfor ikke ville hæfte for betalingen. Efter hustruens forklaring i retten havde hun vidst, at manden ville tage kontakt til en installatør om installation af nogle stikkontakter, men hun havde ikke forestillet sig, at der også skulle installeres kraft og HFI-relæ. Landsretten lagde vægt på, at hun, selv om hun allerede efter indflytningen fik kendskab til arbejdets omfang og havde kendskab til mandens manglende betalingsevne, først reagerede, da samlivet var blevet ophævet, og kravet var blevet rettet mod hende. På det grundlag mente landsrettens flertal, at hun havde pådraget sig en medhæftelse for betalingen.

Det forhold, at hustruen lod manden bestille et installationsarbejde på sin ejendom med viden om, at han ikke kunne forventes at være i stand til at betale for det, må vel betragtes som en bemyndigelse for ham til at lade arbejdet udføre for hendes regning eller i alle tilfælde med hendes medhæftelse. Idet hun forholdt sig passiv over for installatøren, da hun blev klar over arbejdets omfang, må det kunne anses for en stiltiende godkendelse (ratihabition) af fuldmagtsoverskridelsen. Muligvis kunne man i dette tilfælde forestille sig, at der har været en ikke bevislig fuldmagt til bestilling af arbejdet.

Da også denne afgørelse primært bygger på almindelige betragtninger om fuldmagt, må det antages, at resultatet ville være blevet tilsvarende, hvis der havde været tale om ugifte samlevende.

U1991.343 V. En mand bestilte tømrer- og snedkerarbejde udført på sin hustrus ejendom. Det pågældende tømrerfirma havde flere gange tidligere modtaget bestilling på arbejder

8. Det skal bemærkes, at retsvirkningslovens § 11 ikke vil kunne have betydning ved indkøb, der er foretaget ved denne type kontoaftaler. Se f.eks. Anitta Godsk Pedersen & Hans Viggo Godsk Pedersen, Familie- og arveret, 8. udgave, side 81f.

på ejendommen bestilt af manden, og disse arbejder var blevet betalt. Firmaet troede derfor, at manden også ejede ejendommen. Da det senest bestilte arbejde ikke blev betalt, anlagde tømrerfirmaet sag mod hustruen. For byretten blev det gjort gældende, at kravet var omfattet af retsvirkningslovens § 11, og at det ville medføre en ugrundet berigelse for hustruen, hvis hun ikke hæftede. Derimod var der ikke gjort almindelige bemyndigelses- eller passivitetsbetragtninger gældende. Byretten nåede forståeligt frem til, at kravet ikke var omfattet af retsvirkningslovens § 11, og da hustruen blev frifundet, må man forstå afgørelsen således, at man heller ikke fandt grundlag for et berigelseskrav. Ved landsretten kom det frem, at hustruen havde bestilt visse arbejder hos tømrerfirmaet under arbejdets gang, hvor hun i øvrigt havde været til stede under arbejdets udførelse. For landsretten gjorde tømrerfirmaet yderligere gældende, at hustruen hæftede ud fra et fuldmagts- og passivitetssynspunkt. Landsretten lagde vægt på, at hustruen havde været til stede under arbejdets udførelse, og at det derfor måtte have stået klart for hende, at tømrerfirmaet regnede med, at arbejdet blev udført efter bestilling af ejendommens ejer. Da hustruen ikke havde gjort opmærksom på, at hun ikke påregnede en hæftelse, havde hun ved sin passivitet pådraget en hæftelse for kravet.

Landsrettens begrundelse viser, at man ikke har ment, at retsvirkningslovens § 11 kunne finde anvendelse, og man var med hensyn til denne del enig med byretten. Selv om landsretten fokuserede på hustruens passivitet over for det faktum, at man fra tømrerfirmaets side troede, at manden var ejer af ejendommen, må afgørelsens begrundelse antages at indebære en betragtning om, at manden i realiteten havde optrådt som fuldmægtig. Det må kunne betragtes som en art adfærds- eller tolerancefuldmagt, idet hustruen ved sin adfærd under arbejdets udførelse havde givet tømrerfirmaet grund til at tro, at manden havde kunnet forpligte hende som ejer af ejendommen.

Da afgørelsen som nævnt afviser anvendelse af retsvirkningslovens § 11 og i stedet anvender almindelige formueretlige betragtninger, må det antages, at også denne afgørelse ville have fået samme resultat, hvis der havde været tale om ugifte samlevende.[9]

U 2010.1514 V. En kvinde havde oprettet en byggevirksomhed og var registreret som ejer af denne. Kvinden havde en samlever, der skulle drive virksomheden. At kvinden var registreret som ejer skyldtes samleverens dårlige økonomi. Samleveren bestilte på et tidspunkt varer for ca. 160.000 kr. vedrørende driften. Da samleveren ikke betalte varekøbet, krævede leverandøren betaling hos kvinden. Byretten, hvis afgørelse blev stadfæstet af landsretten af de af byretten anførte grunde, lagde til grund, at kvinden som ejer af virksomheden hæftede for de indkøb, samleveren som daglig leder foretog som led i driften. Med andre ord var det rettens opfattelse, at samleveren havde en stillingsfuldmagt til at foretage indkøbene. At samleveren måtte have nogle indskrænkninger i sine beføjelser, som beroede på en aftale mellem kvinden og samleveren, kunne ikke føre til, at kvinden

9. Se tilsvarende afgørelse i U1994.328 Ø.

ikke hæftede for beløbet, idet leverandøren ikke kunne forventes at have haft kendskab til disse indskrænkninger.

Set fra tredjemands side havde manden en stillingsfuldmagt (dvs. en legitimation), således at det ikke kunne komme en tredjemand i god tro til skade, at manden overskred en eventuel intern bemyndigelse. Da afgørelsen i realiteten handler om en klassisk stillingsfuldmagt, må det antages, at resultatet ville have været tilsvarende ved ægtefæller.

Det er et fællestræk for de gennemgåede afgørelser, at der er tale om en eller anden form for handlingsmønster mellem de pågældende og en tredjemand, der i forhold til tredjemand skaber en art legitimation, som tredjemanden forventer at kunne støtte en hæftelse på. Her tænkes fx på, at parret ikke præciserer, at den ene ikke er ejer af det aktiv, som den pågældende bestiller arbejder udført på, men hvor tredjemanden må få den opfattelse, at bestiller er ejer eller har fuldmagt. Der er også eksempler på, at den ene ejer en virksomhed, der i et eller andet omfang drives af den anden. I disse tilfælde vil der kunne være tale om en form for stillingsfuldmagt, der begrunder hæftelsen.

Det er også et fælles træk for afgørelserne, at parret har en reklamationspligt. I det øjeblik, de indser eller burde indse, at tredjemanden naturligt vil få denne forventning om hæftelse, vil der således påhvile dem en reklamationspligt over for tredjemand, idet det i modsat fald ville virke urimeligt, om man blot kunne lade tredjemanden fortsætte, uden at parret skulle betale det forudsatte vederlag.

Det er næppe i sig selv afgørende for bedømmelsen af forholdet, at der er tale om ægtefæller eller ugifte samlevende. Det er snarere det forhold, at parret i disse henseender agerer i et samvirke. Det er formentlig dette samvirke, der medvirker til at fremkalde tredjemands berettigede forventning. I den forstand bliver der tale om et forhold, der – om det ikke altid direkte er – så dog er sammenligneligt med en fuldmagt med særlig tilværelse. Reklamationspligten i forhold til tredjemands berettigede forventninger bringer tankerne hen på reglen i aftalelovens § 19, hvorefter fuldmagtsgiveren – trods behørig tilbagekaldelse – skal reklamere for ikke at blive forpligtet i forhold til en bestemt tredjemands berettigede forventninger.

5.2 Interessentskab eller samejeforhold

I interessentskaber er der normalt en fælles hæftelse for interessenterne for de aftaler, en interessent indgår med tredjemand, når aftalen vedrører interessentskabets daglige drift; dette kaldes også reglerne om interessenternes gensidige signatur. Ved sameje er der ikke en tilsvarende regel om gensidig signatur. Dog kan der blive tale om fælles hæftelse for nødvendige disposi-

tioner i forhold til det aktiv, som samejet vedrører. De følgende afgørelser om interessentskabs- og samejelignende situationer vedrører ægtefæller eller ugifte samlevende.

U 1952.1128 S. En mand havde under et samlivsforhold benyttet kvindens navn med hendes samtykke i et ikke-registreret firma, idet manden som følge af gæld ikke selv kunne stå for firmaet. Efter ophævelse af samlivet i 1948 havde manden i en periode formentlig tilladelse til fortsat at anvende hendes navn, men fra 1949 forbød kvinden ham at anvende sit navn i forretningen. Alligevel fortsatte manden dermed. I 1951 indgik han således aftale med en leverandør om køb af et parti plastik. Aftalen blev indgået i et firmanavn, hvori kvindens navn indgik, på grundlag af leverandørens kendskab til manden. Firmaet var som nævnt ikke registreret, men leverandøren havde ikke foretaget en undersøgelse af firmaets forhold. Som følge af den måde, manden havde arrangeret indkøbene på, var der tilsyneladende ikke mulighed for, at kvinden skulle have fået kendskab til det. På den baggrund nåede Sø- og handelsretten til, at leverandøren ikke kunne kræve betaling af kvinden for leverancen af plastik.

Det selskabslignende i denne afgørelse bygger på, at kvinden i en periode havde fremtrådt som ejer af en virksomhed, som manden rent faktisk drev. Da kvinden tilsyneladende ikke – efter at hun havde forbudt manden at bruge hendes navn – havde haft kendskab til, at han fortsat brugte det, minder forholdet egentlig om falsk. Dette kan have været medvirkende til afgørelsens resultat. Der var i hvert fald ikke tale om, at kvinden ved sin adfærd havde accepteret mandens fremgangsmåde. Leverandøren havde som nævnt intet gjort, der kunne give denne grundlag for en berettiget forventning om, at kvinden hæftede. På denne måde er afgørelsen således fuldt ud i overensstemmelse med almindelige legitimationsregler, der selvsagt kun beskytter berettigede forventninger.

U 1953.161 V. En kvinde havde en forretning. Det var kun kvinden, der havde næringsbevis, det var kvinden, der havde købt forretningen og drevet den i 1½ år, og det var kvinden, der havde ansat en ekspeditrice. Efterhånden var manden blevet inddraget i driften, idet han tog sig af regnskabet, medens kvinden foretog indkøb. De delte fortjenesten. På denne baggrund fastslog landsretten, at de havde drevet forretningen for fælles regning, og på det grundlag begge hæftede for et krav på erstatning for uberettiget afskedigelse af ekspeditricen i forretningen.

Landsrettens betragtning er tilsyneladende, at forretningen havde fremtrådt som en fælles virksomhed, og i en fælles virksomhed hæfter deltagerne solidarisk for selskabsgælden. Det forekommer uklart, hvilken betydning landsretten tillægger det forhold, at ægteparret delte fortjenesten; et forhold, som ikke nødvendigvis var tredjemand bekendt. Hvis landsretten fandt, at forretningen

blev drevet som et interessentskab, ville dette begrunde fælleshæftelsen. I så fald måtte resultatet antages at være blevet det samme, hvis der havde været tale om et ugift par. Det må vist nok stå hen i det uvisse, om landsretten ville have nået et interessentskabsresultat, hvis der havde været tale om et skifte mellem ægtefællerne. I den forstand kan afgørelsen måske ses som et udslag af, at forretningen udadtil kunne virke som et interessentskab. Ud fra den betragtning kan ægteskabet formentlig have været medvirkende til, at man har anlagt en interessentskabsbetragtning. Det må ud fra den betragtning være uvist, om resultatet havde været det samme, hvis parret havde været ugifte.

U 1975.679 Ø. Hustruen ejede og havde skøde på en landbrugsejendom. Ægtefællerne drev i fællesskab gården, der fra 1970-1973 blev anvendt til hesteavl. Manden forpagtede noget jord fra naboejendommen, og denne jord blev anvendt til heste, der tilhørte manden, eller som var i pension hos ham. De pågældende heste blev imidlertid opstaldet på hustruens ejendom, da der ikke var bygninger på den ejendom, manden havde forpagtet. Manden indkøbte hestefoder og andre produkter til driften af landbrugsejendommen. Bestillingen blev noteret i mandens navn, og de månedlige opgørelser blev sendt til ham. Landsretten lagde til grund, at de indkøbte varer var anvendt i driften af den landbrugsejendom, som de drev i forening. Endvidere blev det lagt til grund, at det forpagtede areal måtte antages at være blevet drevet under ét med gården. På det grundlag mente landsretten, at leverandøren havde haft føje til at gå ud fra, at gårdens ejer hæftede for indkøbene, og at manden, såfremt han ikke ejede ejendommen, kunne foretage indkøb på hustruens vegne. Da dette måtte have stået hustruen klart, måtte der påhvile hende en pligt til at protestere, hvis hun ikke ville hæfte. Da hun ikke havde gjort det, hæftede hun sammen med manden for betaling af indkøbene.

Landsretten lagde først vægt på, at ægtefællerne drev virksomheden sammen. Muligvis er dette indirekte et udtryk for en interessentskabsbetragtning for så vidt angår selve landbrugsdriften på hustruens ejendom og på det af manden forpagtede areal. Var der tale om et interessentskab, måtte begge formodes at hæfte i medfør af den gensidige signatur for så vidt angår indkøb til den daglige drift. På den anden side anvendte landsretten i det følgende en argumentation, der fører tankerne hen på en tolerance eller adfærdsfuldmagt i den forstand, at man anfører, at hvis manden ikke ejede ejendommen, måtte leverandøren med føje kunne antage, at manden kunne forpligte hustruen. Da hustruen måtte indse det, måtte hun protestere, hvis hun ikke ville hæfte. Derved havde manden fremtrådt som legitimeret til at forpligte hustruen. Afgørelsen anvender således i forhold til hustruens hæftelse både en selskabsretlig betragtning og en fuldmagtsbetragtning. I forhold til mandens hæftelse, som var blevet afgjort ved en tidligere sag, fulgte hæftelsen vel allerede af, at han havde indgået aftalen i eget navn. Det må for så vidt antages, at rettens betragtninger hver for sig kunne have ført til resultatet.

U 1986.689 V. En mand havde i december 1983 overtaget en landbrugsejendom fra DLR efter en tvangsauktion over denne ejendom, der hidtil havde været ejet af hustruen. Medens hustruen ejede ejendommen, foretog hustruen og manden en registrering med hensyn til moms til Toldkammeret. I registreringsanmeldelsen, der blev foretaget i december 1972, var virksomhedens navn angivet som »H og M.« Hustruen var angivet som den for virksomheden ansvarlige. Samtidig var anmeldelsen underskrevet af manden. I 1984 blev der af Toldkammeret foretaget udlæg i mandens ejendom for skyldig moms for 1983; dvs. primært for en periode, der vedrørte hustruens ejertid. Af en række momsangivelser fremgik, at angivelserne var stilet til »gårdejere H og M.« De fleste angivelser var underskrevet af begge ægtefæller, medens enkelte var underskrevet af hustruen alene. En afmeldelse af momsregistreringen i november 1983 var underskrevet af begge ægtefæller, men det var tillige noteret ved toldkammeret, at manden ikke mente at have skrevet under på registreringsattesten. Landsretten lagde til grund, at anmeldelsen var underskrevet af begge ægtefæller. Samtidig lagde retten til grund, at manden i registreringsanmeldelsen var angivet på en sådan måde, at han måtte opfattes som medejer af landbrugsvirksomheden sammen med sin hustru. De løbende tilsendte blanketter havde været stilet til begge ægtefæller, og der var ikke blevet protesteret derimod. I øvrigt var det ubestridt, at manden havde forestået driften af landbrugsvirksomheden, og at virksomhedens årsresultater var optaget som indtægt eller underskud i mandens selvangivelse. Under disse omstændigheder fandtes manden at måtte anses for medejer af driften i forhold til momsloven.

Afgørelsen er speciel i forhold til de tidligere omtalte afgørelser, idet den ikke omhandler aftaleforhold. Derimod fremtræder afgørelsen som et spørgsmål om anmeldelse til Toldvæsenet, men er trods forholdene ved registrering tillige begrundet i selskabsretlige hensyn. I forhold til Toldvæsenet fremtrådte virksomheden som et interessentskab, og virkede også så vidt set som en sådant, hvilket måtte medføre fælles hæftelse. Fremtrædelsen skyldes også delvist manglende reklamation til trods for en mulighed herfor.

U 2014.277 V/ TFA 2014.46. Et tysk ægtepar købte af en dansk mand en campingvogn, der senere viste sag at være behæftet med mangler. Det var sælgers hustru, der talte mest i forbindelse med aftaleindgåelsen, idet hun talte og forstod tysk bedre end manden. Parrene havde lært hinanden at kende på campingpladsen, og havde på den pågældende campingplads været sammen i mange sæsoner. Landsretten lagde til grund, at hustruen var anført som sælger sammen med manden i købeaftalen, der ganske vist ikke var underskrevet af hustruen. På baggrund af ovenstående var det landsrettens opfattelse, at hustruen havde givet det tyske ægtepar føje til at gå ud fra, at hun var medejer af campingvognen, og at hun derfor ikke kunne frigøre sig fra ansvar i anledning af handlen med henvisning til, at campingvognen var ejet af manden alene.

Det er tilsyneladende landsrettens opfattelse, at hustruen ved sin adfærd i forhold til køberne havde skabt sig en legitimation som samejer af campingvognen. Der er for så vidt tale om en noget anderledes situation end i de øv-

rige tilfælde, idet det er hustruen, der pådrager sig en hæftelse ved sin egen adfærd. Der er således her ikke tale om nogen fuldmagtssituation.

I forhold til artiklens emne tegner der sig et mere broget billede af afgørelserne i dette afsnit end afgørelserne behandlet i afsnit 5.1. Afgørelsen U 1952.1128 afviste hustruens hæftelse i overensstemmelse med almindelige legitimationsregler, hvilket skyldtes, at der ikke var en berettiget forventning hos kreditor om hustuens hæftelse. Afgørelsen tilsidesætter således ikke hensynet til kreditor.

I U 2014.277 påførte hustruen sig en forpligtelse ved at optræde som den aktive ved salg af en campingvogn, hvor hun tillige blev anført som en af sælgerne. Afgørelsen falder således af denne årsag uden for artiklens emne, men er medtaget fordi det er en samejelegitimation, der begrunder resultatet.

U 1986.689 vedrørte primært den måde, hvorpå virksomheden var anmeldt til toldvæsenet. Den vedrørte derfor ikke indgåelse af aftaler om indkøb på kredit, og dermed falder den ikke inden for artiklens emne. Når afgørelsen alligevel er medtaget, skyldes det, at hæftelsen formentlig delvis beror på det forhold, at virksomheden i forhold til toldvæsenet fremtrådte som et interessentskab.

Tilbage står U 1953.161 og U 1975.679 om hæftelse over for henholdsvis en afskediget ekspeditrice og om hæftelse for indkøb af varer til en fælles landbrugsbedrift. Fælles for disse afgørelser er, at det i forhold til tredjemand fremtrådte som en fælles virksomhed, der muligvis kunne opfattes som et interessentskab. Derved kan afgørelserne siges at have tilgodeset kreditorernes berettigede forventninger.

Overordnet set må det trods en vis variation kunne antages, at hæftelsen beror på selskabsretlige betragtninger, og de forventninger det medfører for kreditor. Deraf må også følge, at resultaterne – måske bortset fra U 1953.161 V – ikke er afhængige af, om parrene var gifte eller ugifte samboende.

6. Afsluttende bemærkninger

Som det fremgår indledningsvist, kan det konstateres, at anvendelsesområdet for retsvirkningslovens § 11 i nutidens indkøbs- og forbrugsmønster er meget begrænset. De afgørelser, som vi har behandlet i denne artikel, har primært vedrørt fuldmagts- og legitimationsbetragtninger som hæftelsesgrundlag for samboende par. Domstolene har tilsyneladende været villige til at beskytte kreditorernes berettigede forventninger om hæftelse med de nævnte fuldmagts- og legitimationsbetragtninger. På den baggrund kan vi konkludere,

at kreditorernes stilling må antages at være tilstrækkelig sikret, selvom retsvirkningslovens § 11 måtte blive ophævet.

Det er, som det ses, de almindelige legitimationsbetragtninger, der bærer afgørelserne i de analyserede domme om medhæftelse. På den baggrund må det kunne antages, at det næppe ville gøre en forskel, om parrene var gifte eller ugifte samlevende. En ophævelse af retsvirkningslovens § 11 vil medføre, at der ikke længere ville være den hæftelsesmæssige forskel på gifte og ugifte par. Herved ville de tilfældigheder, som bestemmelsen synes at kunne medføre, antages at bortfalde.

Da der ikke ved ophævelse af retsvirkningslovens § 11 vil ske en væsentlig forringelse af kreditorernes stilling, og da det samtidig vil afskaffe det tilfældighedspræg, der ligger i hæftelsen efter retsvirkningslovens § 11, vil en ophævelse af den efter vor opfattelse være positiv.

En fælles regelbog og et føderaliseret tilsyn

– en ny governance-model for EU's kapitalmarkeder?

Af Niels Skovmand Rasmussen og Camilla Hørby Jensen

1. Introduktion

Efter bankkrisen i 2008 og statsgældskrisen i 2012 er der gennemført en række vidtgående reformer af såvel reguleringen som tilsynet på europæisk plan. Disse reformer har til tider haft et politisk kontroversielt indhold, hvilket har afstedkommet en række højt profilerede sager ved Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen).[1] I disse år er debatten om europæisk integration på kapitalmarkedsrettens område derfor højaktuel inden for både juraen og politologien. Som et juridisk bidrag hertil søger nærværende artikel at undersøge og evaluere den nuværende strategi for harmoniseringen af regelværket og tilsynet i tiden efter den seneste finansielle krise.

Navnlig to forhold bibringer dette forskningsspørgsmål en særlig aktualitet: For det første har den økonomiske krise fungeret som den primære driver for den seneste række af lovreformer, hvilket vanskeliggør effektiv beslutningstagning i almindelighed.[2] For det andet kan de forskellige reguleringstekniske løsninger, såsom sunset-provisions,[3] ikke uden videre overføres til de mere fundamentale principper for harmoniseringen. Det er derfor nødvendigt at have fokus på disse harmoniseringsstrategier på linje med kvaliteten af lovgivningen.

Selvom harmoniseringen af de nationale retsordener er et velkendt tema i den retsvidenskabelige forskning, giver dette emneområde anledning til visse

1. *R. Smits:* The Crisis Response in Europe's Economic and Monetary Union: An overview of Legal Developments, s. 1181 i Fordham International Law Journal, vol. 38 (2015) no. 4.
2. *R. Romano:* Regulating in the Dark and a postscript assessment of the iron law of financial regulation, s. 28ff. i Hofstra Law Review, vol. 43 (2014) no. 1.
3. I EU-retten anvendes betegnelsen »sunset-provions« om klausuler i lovgivningen, der indeholder et ophørstidspunkt. En sådan klausul kunne eksempelvis anvendes i en bemyndigelse til EU-Kommission fra Rådet og Europa-Parlamentet.

metodiske overvejelser. Det skal her særligt bemærkes, at analyseniveauet hverken er karakteren eller indholdet af retsreglerne, men derimod de underliggende principper, harmoniseringen af de nationale retsregler bygger på. Kildematerialet har derfor en mere diffus karakter sammenholdt med en traditionel retsdogmatisk analyse, hvilket forudsætter en mere kildekritisk tilgang.

Et beslægtet spørgsmål er, hvorledes graden af harmonisering opgøres på et videnskabeligt grundlag.[4] Traditionelt tager den juridiske teori udgangspunkt i omfanget eller udstrækningen af medlemsstaternes lovgivningsrum med en opdeling i total- og minimumsharmonisering samt optionel harmonisering.[5] Denne begrebsramme forekommer dog mindre velegnet i nærværende sammenhæng, hvor harmoniseringen af regelværket og tilsynet undersøges særskilt. I stedet udvikles der en typologi med fokus på, om opgaven med at udstede regler og føre tilsyn varetages på nationalt plan, supranationalt plan eller i et samarbejde mellem disse to niveauer. Typologien afspejler dermed en forståelse af Den Europæiske Union (EU) som en »multi-layered legal order« bestående af en række organisatorisk adskilte, men indbyrdes forbundne, niveauer.[6]

Artiklen er opbygget i to dele. I første del foretages en kort gennemgang af de fire faser i harmoniseringen af den europæiske kapitalmarkedsret, der sammenfattes i en typologi over de forskellige harmoniseringsstrategier. Den anden del af artiklen analyserer de to strategier for harmoniseringen af henholdsvis regeludstedelsen og tilsynet efter den seneste finansielle krise. Afslutningsvis foretages der en vurdering af, om disse harmoniseringsstrategier er forenelige eller konfliktfyldte, som et kvalificeret oplæg til den fremtidige forskning inden for området.

2. Harmoniseringen af den europæiske kapitalmarkedsret

2.1. En kort gennemgang af den historiske udvikling

De første lovgivningsinitiativer på kapitalmarkedsrettens område kom i slutningen af 1970'erne og starten af 1980'erne og søgte at ensrette medlemsstaternes lovgivning for derigennem at fjerne markedsbarrierer for virksom-

4. For en tilsvarende problemstilling i relation til europæisk integration, se *N. Moloney:* EC Securities Regulation (2008) 2. udg., Oxford University Press, s. 24.
5. *K.E. Sørensen, P.R. Nielsen & J.H. Danielsen:* EU-retten (2014) 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 709-710.
6. *R. Nielsen:* Towards an Interactive Comparative Method for Studying the Multi-Layered EU Legal Order, s. 94-95 i *U. Neergaard & R. Nielsen (red.):* European legal Method – in a multi-level EU Legal Order (2012) Djøf Publishing.

hederne. EU-lovgiver anvendte derfor fuldharmoniseringsdirektiver, som medlemsstaterne inden for den angivne frist skulle implementere i deres nationale retsordener.

Under the original full harmonisation approach, harmonisation was based on the development of *common standards* (in all relevant areas), *pre-compliance* and the subsequent withdraval of corresponding national prohibitions or restrictions on sale, establishment or service provision.[7] (min kursivering)

På børsrettens område var det særligt gældende for de til betingelsesdirektivet (79/279/EØF) og børsprospektdirektivet (80/390/EØF) bilagte skemaer,[8] ligesom det var tilfældet for visse dele af det første bankdirektiv (77/780/EØF). Selvom EU-lovgiver tog initiativ til en vidtgående centralisering af regeludstedelsen på europæisk plan, blev der ikke gennemført tilsvarende initiativer angående tilsynet med de finansielle virksomheder og markeder.

Den anden fase i harmoniseringen af kapitalmarkedsretten kom i juni 1985 med præsentationen af Kommissionens Hvidbog om det interne marked.[9] Hvidbogen introducerede en ny reguleringsmetode bestående af princippet om gensidig anerkendelse og hjemlandskontrol for at sikre markedsadgang, benævnt »Det europæiske pas«. Disse principper indebar en decentraliseret rollefordeling mellem EU og medlemsstaterne og tillod derfor en regelkonkurrence mellem sidstnævnte. For at imødegå risikoen for et »race to the bottom« valgte EU-lovgiver dog at fastsætte en regulatorisk underligger for lovgivningsniveauet inden for udvalgte områder for at sikre lige konkurrencevilkår.[10]

The difference between mutual recognition and full harmonisation is that it is not based on the establishment of a full set of *common standards* but only a minimum level of protection within selected agreed areas. *Pre-compliance* is not required as with full harmonisation. Rather continuing compliance is secured through the operation of supervisory allocation secured under home country control. Continuing rather than prior compliance is then effected.[11] (min kursivering)

7. *G. Walker:* European Financial Program: Content, Structure and Completion, s. 309 i European Business Law Review, vol. 15 (2004) no. 3.
8. *P.K. Andersen & N.J. Clausen:* Børsretten (2014) 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, s. 52.
9. Gennemførelse af det interne marked: Hvidbog fra Kommissionen til Det Europæiske Raad (Milano, den 28.- 29. juni 1985).
10. *M.W. Løfquist:* EU's pengeinstitutlovgivning – Indsatsområder, reguleringsmetoder og lovgivningsprocedurer (2008) Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 217.
11. *G. Walker:* European Financial Program, s. 309-310.

Denne reguleringsmetode genfindes i en række sekundære retsakter inden for såvel bank- og børsretten som på forsikringsområdet.[12] I denne del af udviklingen overgår reguleringen således til et samarbejde mellem det nationale og det supranationale niveau, hvorimod tilsynet fortsat koordineredes på nationalt niveau.

Den tredje fase blev introduceret i februar 2001 med offentliggørelsen af den såkaldte Lamfalussy-rapport,[13] der indeholder forslag til en ny og mere fleksibel reguleringsform bestående af rammeregulering, delegeret regulering og vejledninger kombineret med en øget inddragelse af sektoren og forbrugere via offentlige høringer.

I denne periode vender EU-lovgiver således tilbage til den oprindelige tilgang med udviklingen af detaljerede »common standards« på EU-plan og kravet om »precompliance« til medlemsstaterne. Frem for alene at ensrette den nationale lovgivning ved hjælp af direktiver, erstattes den imidlertid nu med EU-regulering gennem brug af forordninger. Eftersom forordninger ikke skal implementeres, øger det både lovgivningstempoet på EU-plan og harmoniseringsgraden i medlemsstaterne.

Til gengæld anså Lamfalussy-udvalget det på daværende tidspunkt for upraktisk at indføre et centraliseret tilsyn på EU plan, benævnt »A single European regulatory authority« inspireret af det daværende engelske enhedstilsyn, Financial Services Authority.[14] I stedet tog rapporten øget initiativ til tilsynskoordinering gennem udarbejdelse af fælles retningslinjer og peerevalueringer for de nationale tilsynsmyndigheder.[15]

Den fjerde og sidste fase i harmoniseringen kom i forlængelse af Lissabon-traktaten med opdelingen i lovgivningsmæssige og ikke-lovgivningsmæssige retsakter i artikel 289-291 TEUF samt den seneste finansielle krise, der har afstedkommet en væsentlig centralisering af såvel reguleringen som tilsynet på europæisk plan. En central politisk målsætningen er nu at færdiggøre »The Single Rulebook«, ligesom der er indført et føderaliseret tilsyns-

12. Se generelt *E. Lomnicka:* The Home Country Control Principle in the Financial Services Directive and the case law, s. 305ff. i *M. Andenas & W. Roth (red.):* Services and Free Memvement in EU Law (2002) Oxford University Press.
13. Se nærmere *P.K. Andersen & N.J. Clausen:* Børsretten, s. 56ff.
14. Se *R.M. Lastra:* The Governance Structure for Financial Regulation, s. 52 i Colombia Journal of European Law, vol. 10 (2003) no. 1.
15. Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets, s. 8.

system[16] bestående af et indirekte tilsyn inden for rammerne af »European System of Financial Supervision« og et direkte tilsyn med udvalgte virksomhedstyper, se nedenfor.

2.2. Udviklingen af en typologi

Med henblik på at vurdere foreneligheden mellem strategierne for harmoniseringen af henholdsvis regeludstedelsen og tilsynet i kapitalmarkedsretten kan disse strategier indplaceres i nedenstående typologi:

	Regulering	Tilsyn
Supranationalt niveau	Fuldharmonisering ved hjælp af direktiver eller forordninger (Single Rulebook)	EU-institutioner eller -agenturer fører direkte tilsyn med markedsdeltagerne
Tværgående samarbejde	Minimumsdirektiver og efterfølgende national implementering	EU-agenturer fører et indirekte markedstilsyn via de nationale tilsynsmyndigheder
Nationalt niveau	Princippet om gensidig anerkendelse og hjemlandskontrol	

Et centralt spørgsmål er, om de forskellige harmoniseringsstrategier beskrevet i typologien udelukkende har en politisk karakter, eller om de under visse omstændigheder kan tilskrives visse retlige virkninger.

Med henblik på at besvare dette spørgsmål kan der hentes en vis inspiration i sagen C-233/94, hvor Forbundsrepublikken Tyskland anlagde sag med påstand om annullation af direktiv 94/19/EF om indskudsgarantiordninger. Tyskland gjorde blandt andet gældende, at fællesskabslovgiver var bundet af princippet om hjemlandstilsyn, idet princippet var blevet knæsat ved det andet bankdirektiv (94/19/EF) og betegnet som »et afgørende middel til at harmonisere og samordne nationale bestemmelser om området for finansielle tjenesteydelser« i Kommissionens Hvidbog om det interne marked.[17] Dette blev dog afvist af EU-Domstolen, der i overensstemmelse med generaladvokaten kom med følgende begrundelse:

> Indledningsvis bemærkes, at det ikke er blevet godtgjort, at fællesskabslovgiver har indført princippet om hjemlandstilsyn på bankrettens område i den hensigt systematisk at lade alle andre regler på området være betinget heraf. Dernæst, da der ikke er tale om et

16. Denne beskrivelse af tilsynssystemet er inspireret af *J.L. Hansen:* European Securities and Markets Authority (ESMA) – skabelsen af et føderaliseret tilsyn i EU, s. 72ff. i Nordisk Tidsskrift for selskabsret (2011) no. 4.
17. Domstolens dom af 13. maj 1997 i sag C-233/94, *Tyskland mod Parlamentet og Rådet*, præmis 61.

princip, der er knæsat i traktaten, kan fællesskabslovgiver fravige det, såfremt han ikke tilsidesætter de berørtes berettigede forventning. Da der endnu ikke på fællesskabsplan var lovgivet om indskudsgarantier, forelå der ikke en sådan berettiget forventning.[18]

I den citerede præmis fastslår EU-Domstolen, at princippet om hjemlandskontrol – modsat de generelle retsprincipper i EU-retten – ikke uden videre har retsvirkninger, men derimod først skal være omsat til egentlig lovgivning. Dette resultat begrundes *både* med princippets retlige status og den måde, hvorpå det er anvendt af EU-lovgiver. Denne afgørelse taler således for, at princippet om hjemlandskontrol har en overvejende politisk frem for en retlig karakter.

3. The Single Rulebook

3.1. Udviklingen af den fælles regelbog

Under den seneste finansielle krise viste det sig, at princippet om hjemlandskontrol og minimumsharmonisering ikke fungerede effektivt. Medlemsstaterne udnyttede således deres implementeringsrum til at gennemføre nationale løsninger, der karakteriseres som »beggar thy neighbour solutions« i den såkaldte Larosiére-rapport.[19] Ifølge udvalget bag rapporten var der behov for en mere vidtgående harmonisering af den nationale kapitalmarkedsret ud fra fire betragtninger:

1. A single financial market – which is one of the key-features of the Union – cannot function properly if national rules and regulations are significantly different from one country to the other;
2. Such a diversity is bound to lead to competitive distortions among financial institutions and encourage regulatory arbitrage;
3. For cross-border groups, regulatory diversity goes against efficiency and the normal group approaches to risk management and capital allocation;
4. In cases of institutional failures, the management of crises in case of cross-border institutions is made all the more difficult.

Senere samme år blev begrebet »Single Rulebook« anvendt i en afgørelse fra Det Europæiske Råd,[20] der i henhold til artikel 15, stk. 1 TEU fastlægger

18. *Ibid.* præmis 64.
19. Larosière Group: The High-level Group on Financial Supervision in the EU, s. 4. Rapporten blev udarbejdet under formandskab af Jacques de Larosiére i februar 2009 og identificerer årsagerne til den finansielle krise.
20. Council of the European Union, Brussel 10 July 2009 (11225/2/09 REV 2).

EU's overordnede politiske retningslinjer og prioriteter. Efterfølgende er begrebet dog overtaget af EU's lovgivende institutioner, ligesom det optræder i præamblen i en række forordninger og direktiver.[21] Indtil nu er der dog ikke præsenteret en egentlig definition af, hvad dette begreb nærmere indeholder.

Udtrykket »single« sigter til, at de finansielle virksomheder alene skal være underlagt én reguleringsstandard, såsom et kapitalkrav, på EU-plan modsat flere forskellige standarder på nationalt plan. Dette begrænser de finansielle virksomheders compliance omkostninger (fx udgifter til IT samt aflønning og uddannelse af administrative medarbejdere) og tilskynder herved til grænseoverskridende virksomhedsaktiviteter. Derudover skal denne reguleringsstandard omfatte hele det interne marked og ikke alene udvalgte medlemsstater såsom Euro-zonen. En fælles regelbog begrænser herved problemet med reglernes eksterritoriale virkning eller »spill over effects«.[22] Endelig skal den fælles regelbog dække alle dele af den europæiske kapitalmarkedsret, herunder bank, værdipapirhandel samt forsikring og pension.

Til gengæld anvendes »rulebook« både i en konkret og en abstrakt forståelse: På den ene side anvendes begrebet som en egentlig regelsamling, hvor begrebet refererer til de enkelte lovreformer; såsom CRD IV bestående af kapitalkravsdirektivet (2013/36/EU) og -forordningen (575/2013/EU). En national parallel er i dette tilfælde »Handbook on rules and guidances«, der fremstiller den samlede engelske kapitalmarkedsret. På den anden side anvendes »Rulebook« som en harmoniseringsmetode, der indbefatter en fuldstændig harmonisering af regelværket for alle 28 medlemsstater med henblik på at skabe neutrale konkurrencevilkår og forhindre regelarbitrage.[23] I det følgende anvendes begrebet udelukkende i den sidstnævnte betydning.

3.2. Does one-size fit all?

I den samfundsvidenskabelige litteratur er det gjort gældende, at den europæiske integration efter krisen i Euro-zonen er genstand for »one-size fits

21. Se eksempelvis betragtning nr. 5 i præamblen til forordningen om oprettelsen af henholdsvis European Banking Authority (nr. 1093/2010/EU), European Insurance and Occupational Pensions Authority (nr. 1094/2010/EU) og endelig European Securities and Market Authority (1095/2010/EU).
22. Dette var eksempelvis tilfældet i sagen C-209/13, hvor Storbritannien og Nordirland havde nedlagt påstand om annullation af en afgørelse fra Rådet om bemyndigelse til forstærket samarbejde på området for afgift på finansielle transaktioner, se Domstolens dom af 30. april 2014 i sag C-209/13, *Det Forenede Kongerige mod Rådet.*
23. *J.L. Hansen:* European Securities and Markets Authority (ESMA), s. 91; *Niels Skovmand Rasmussen:* Den retlige karakter af henstillinger og retningslinjer i EU-kapitalmarkedsret, s. 366 i U.2015B.366.

all policy making«.[24] Interessentgruppen for European Banking Authority kommer frem til en tilsvarende konklusion i en nylig offentliggjort rapport angående proportionalitetsprincippet.[25] Eftersom disse kritiske refleksioner angående harmoniseringsprocessen ikke klart afspejler sig i målsætningen om en »Single Rulebook«, er det nødvendigt at underkaste begrebet en nærmere analyse.

3.2.1. Driveren for den fælles regelbog

Traditionelt beskrives kapitalmarkedsretten som et dynamisk retsområde i litteraturen.[26] Reguleringen skal således løbende tilpasses nye finansielle produkter og forretningsmodeller samt den økonomiske situation generelt. Oprindelig søgte EU-lovgiver gennem en reguleringskonkurrence mellem medlemsstaterne at skabe momentum for denne retsudvikling:

> There is cooperative competition because mutual recognition allows financial intermediaries to choose the regulatory regime of one Member State (the »home Member State«) and then operate EU-wide under that regime. Hence, mutual recognition provides Member States with an incentive to compete by offering regulatory packages that will induce financial intermediaries to choose them as home Member State.[27]

I litteraturen er der identificeret en række fordele ved reguleringskonkurrence som et alternativ til harmonisering. Som eksempel kan EU-lovgiver teste reguleringen på nationalt niveau,[28] ligesom flere reguleringsmæssige løsninger modvirker risikoen for systemiske fejl.[29]

Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang en fælles regelbog på europæisk plan fortsat tillader reguleringskonkurrence mellem medlemsstaterne? I Larosière-rapporten er ekspertudvalget ikke afvisende overfor, at medlemsstaterne under visse omstændigheder kan indføre en mere vidtgående regulering på nationalt plan. Dette kan dog alene ske for at sikre den finansielle

24. Se *G. Majone:* Rethinking Integration after the Debt Crisis (Working Paper No. 3/2012) June 2012, s. 7.
25. *EBA Banking Stakeholder Group:* Proportionality in Bank Regulation (offentliggjort d. 10. december 2015) s. 28.
26. P.K. Andersen & N.J. Clausen: Børsretten, s. 33.
27. *G. Hertig:* Regulatory Competition for EU Financial Services, s. 354 i Journal of international economic law, vol. 3 (2000) no. 2.
28. *V. Babis:* Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks: Mission Accomplished? s. 782 i European Business Law Review, vol. 26 (2015) no. 6.
29. *N. Moloney:* EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: »More Europe« or »More Risk«, s. 1372 i Common Market Law Review, vol. 47 (2010) no. 5.

stabilitet og med respekt for princippet om det interne marked.[30] Det samme gør sig imidlertid ikke gældende for Kommissionen, der anlægger en mere integrationsfremmende fortolkning af den fælles regelbog:

> In parallel, differences in the national transposition of Community law stemming from exceptions, derogations, additions or ambiguities in current directives must be identified and removed, so that one harmonised core set of standards (a single rulebook) can be defined and applied throughout the EU by all supervisors. This process could be strengthened by introducing more directly applicable rules at the EU level, where possible.[31]

Introduktionen af den fælles regelbog signalerer derfor umiddelbart et opgør med reguleringskonkurrence som driver for den europæiske kapitalmarkedsret. Dette forudsætter i stedet et øget samarbejde mellem medlemsstaterne både på ministerniveau i Rådet og embedsmandsniveau i tilsynsrådene for de tre European Supervisory Authorities, se nedenfor. Hvorvidt dette samarbejde kommer til at forløbe effektivt, er der imidlertid sat spørgsmålstegn ved i litteraturen:

> The EU's status as the monopoly supplier of securities and markets regulation makes the production of effective regulation all the more difficult; the EU law-making process is complex and multilayered, and often obstructed by intractable political disputes which reflect long-standing institutional differences across the Member States, while the ability of Member States to innovate, experiment, and correct regulatory errors has been almost entirely removed.[32]

Som et velkendt eksempel på denne kompleksitet kan nævnes EU-Kommissionens godkendelse af forslag til bindende tekniske standarder fra de tre European Supervisory Authorities inden for rammerne af Meroni-doktrinen.[33] Hertil kommer spørgsmålet, om der også i årene efter den økonomiske krise er den politiske opbakning fra medlemsstaterne til udelukkende at gennemføre kapitalmarkedsretten på supranationalt niveau. I kriserefomerne har medlemsstaterne således på specifikke områder anvendt mellemstatslige aftaler til

30. Larosière Group: The High-level Group on Financial Supervision in the EU, pkt. 108.
31. Communication from the Commission – European financial supervision COM (2009) 252 final, s. 3-4.
32. *N. Moloney:* EU Securities and Financial Markets Regulation (2014) 3. udg., Oxford University Press, s. 21.
33. Se herom *M. Busuioc:* Rule-Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope, s. 113ff. i European Law Journal, vol. 19 (2013) no. 1.

at omgå »the Community Method«;[34] såsom »Agreement on the transfer and mutualisation of contributions to the Single Resolution Fund« underskrevet af 26 medlemsstater i maj 2014.

3.2.2. Problemet med »over-inclusiveness« og »under-inclusiveness«

I teorien er det generelt beskrevet, hvorledes reglers formål og anvendelsesområde aldrig vil være fuldstændig kongruente. Derimod vil der altid forekomme situationer, hvor reglerne utilsigtet finder anvendelse eller ikke finder anvendelse:

> Rules are never perfectly congruent with their purpose – they are always over-inclusive and under-inclusive. Rules are inevitably either under-inclusive, failing to catch things that the rule-maker might want to catch, and/or over-inclusive, catching things that the rule-maker might not want to catch when applied to particular sets of circumstances.[35]

Når den finansielle regulering løftes op på supranationalt plan som led i udviklingen af den fælles regelbog, skal de samme regler omfatte flere forskellige typer af markeder og virksomheder i medlemsstaterne. En centralisering af reguleringen øger herved risikoen for, at reglerne enten vil være »over-inclusive« eller »under-inclusive«. Dette kan betyde, at reguleringen ikke i fornødent omfang afspejler proportionalitetsprincippet i artikel 5, stk. 4 TEU. Dette ville eksempelvis være tilfældet, hvis en bestemmelse rettet mod systemisk vigtige finansielle institutter utilsigtet finder anvendelse på et mindre, lokalt pengeinstitut. I den føromtalte rapport fra EBA's interessentgruppe konstateres det, at denne problemstilling, benævnt materiality, ikke i et tilstrækkeligt omfang er adresseret i krisereformerne.[36]

Ifølge formanden for EBA, Andrea Enria, skal denne fleksibilitet i reguleringen imidlertid tilvejebringes inden for rammerne af den fælles regelbog frem for at tillade medlemsstaterne at udarbejde individuelle løsninger:

> But the solution is a thorough application of the principle of proportionality within the Single Rulebook, as already envisaged in Level 1 legislation, rather than leaving the option for national legislators to substitute common European rules with national ones. The risk, otherwise, is to remain trapped in the contradiction of a EU system that claims

34. *C. Edoardo & P. G. Teixeira:* The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis, s. 690ff. i Common Market Law Review, vol. 50 (2013) no. 3.
35. *J. Black, M. Hopper & C. Band:* Making a Success of Principles-based regulation, s.194 i Law and Financial Markets Review, vol. 1 (2007) issue 3.
36. *EBA Banking Stakeholder Group:* Proportionality in Bank Regulation (d. 10. december 2015) s. 11.

to be uniform whilst being prisoner of several 'localisms', which ultimately affect the achievement of a true single market.[37]

Denne reguleringsteknik kommer klart til udtryk i kapitalkravsdirektivet og forordningen, der indeholder en række dispensationsbestemmelser for de nationale tilsynsmyndigheder og medlemsstaterne.[38] Når disse undtagelsesmuligheder bliver en del af kernen af det harmoniserede regelsæt, svækker det imidlertid grundlaget for den fælles regelbog. Dispensationsbestemmelserne kan således »re-introduce minimum harmonisation through the back door«.[39] Et centralt spørgsmål er derfor, hvorledes denne type af bestemmelser indarbejdes i reguleringen og efterfølgende forvaltes af de nationale tilsynsmyndigheder uden at underminere princippet om fuldharmonisering.

4. Et føderaliseret tilsynssystem

Den finansielle krise afslørede store mangler i det finansielle system, herunder i tilsynet med de finansielle virksomheder. Det var således ikke ved hjælp af det daværende tilsynssystem muligt at forhindre, styre eller løse krisen, der også viste, at der manglede samarbejde, koordinering, ensartethed og tillid mellem de nationale tilsyn, der ikke var tilpasset den situation, at mange finansielle virksomheder i dag driver forretning på tværs af grænserne.[40]

På trods af at EU's finansielle marked på mange punkter er integreret, har det med det hidtidige fragmenterede og nationalt baserede tilsyn med det finansielle marked og de grænseoverskridende koncerner imidlertid været svært at opnå et fuldstændigt og velfungerende indre finansielt marked præget af finansiel stabilitet.

For at imødegå disse problemer har hele det europæiske tilsynssystem gennemgået en omfattende revision og ændring, idet der er implementeret helt nye finansielle tilsynsmodeller/-strukturer i EU med det formål at styrke det finansielle samarbejde, udbygge den finansielle stabilitet og skabe et effektivt indre marked for finansielle tjenesteydelser.

På nogle områder har EU (alene) påtaget sig en indirekte tilsynsrolle i form af en koordinerende funktion i forhold til de nationale tilsynsmyndigheders tilsyn med de enkelte finansielle virksomheder. På andre områder/i

37. The Single Rulebook in banking: is it 'single' enough? tale holdt af Andrea Enria på Università di Padova, d. 28. september 2015, s. 5.
38. Se betragtning nr. 26 i kapitalkravsforordningen (nr. 575/2013/EU).
39. *V. Babis:* Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks, s. 787.
40. Jf. KOM (2009) 252, s. 2.

andre situationer ligger ansvaret for det direkte virksomhedstilsyn derimod hos et centralt EU-organ.

4.1. European System of Financial Supervision

Første skridt på vejen mod en ny tilsynsmodel i EU var etableringen af tre europæiske tilsynsmyndigheder – *European Supervisory Authorities* (ESA'er). De tre europæiske tilsynsmyndigheder består af henholdsvis European Banking Authority (*EBA*), European Insurance and Occupational Pensions Authority (*EIOPA*) og European Securities and Markets Authority (*ESMA*), der opererer på hver deres område. Således tager EBA sig af bankområdet, EIOPA tager sig af forsikrings- og pensionsområdet, mens ESMA tager sig af værdipapirområdet.

Man har således valgt en sektoropdelt struktur i modsætning til den twin peaks-model, som mange medlemsstater praktiserer, hvor forsigtighedstilsynet med alle de finansielle virksomheder ligger hos én myndighed, mens adfærds-/markedstilsynet ligger hos en anden. I Danmark ligger både forsigtigheds- og adfærdstilsynet med de finansielle virksomheder hos Finanstilsynet.

Tilsynsmyndighederne er en del af *European System of Financial Supervision* (*ESFS*), der trådte i kraft den 1. januar 2011, og som består af to søjler i form af henholdsvis et makro- og et mikrotilsyn.

Makrotilsynet varetages af et nyt europæisk råd for systemiske risici (*European Systemic Risk Board* (*ESRB*)), mens de tre europæiske tilsynsmyndigheder tager sig af mikrotilsynet. ESRB har til opgave at forebygge og reducere systemiske risici på sektorplan eller i det finansielle system som helhed,[41] mens de tre tilsynsmyndigheder parallelt hermed skal arbejde for at styrke og koordinere tilsynet med og sikre soliditet i de enkelte finansielle virksomheder for hermed at beskytte aftagerne af de finansielle tjenesteydelser. De to søjler er uafhængige af hinanden, men forudsætter hverandre for at sikre et effektivt finansielt tilsyn.

Formålet med etableringen af det nye system, herunder de tre tilsynsmyndigheder, var bl.a. at imødegå nogle af de problemer, som de store forskelle i de nationale tilsynsmyndigheders tilsynspraksis, -beføjelser og -sanktioner havde givet anledning til før og under den finansielle krise.

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

4.1.1. Det indre marked

European System of Financial Supervision er geografisk bredtfavnende, idet det omfatter alle EU's 28 medlemslande og dækker alle finansielle sektorer og virksomheder.

Som en del af motiveringen for oprettelsen af de tre tilsynsmyndigheder hedder det i betragtning 7 i præamblen til hver af de tre ESA-forordninger:[42]

»Den finansielle og økonomiske krise har skabt reelle og alvorlige risici for det finansielle systems stabilitet og det indre markeds funktion. Genopretning og opretholdelse af et stabilt og pålideligt finansielt system er en absolut forudsætning for at bevare tilliden til og sammenhængen i *det indre marked* [egen fremhævelse] og derved at bevare og forbedre betingelserne for oprettelse af et fuldt integreret og *velfungerende indre marked for finansielle tjenesteydelser* [egen fremhævelse]. Desuden giver mere dybt integrerede finansielle markeder bedre muligheder for finansiering og risikospredning, og de forbedrer således økonomiernes evne til at modvirke chok.«

Endvidere følger det af betragtning 11 i præamblen:

»Myndigheden bør have til formål at forbedre *det indre markeds funktion* [egen fremhævelse], bl.a. ved at sikre et højt, effektivt og konsekvent regulerings- og tilsynsniveau under hensyntagen til medlemsstaternes forskellige interesser og de finansielle institutioners forskellige karakter.«

Endelig følger det af forordningernes art. 1, stk. 5, at tilsynsmyndighederne bl.a. skal bidrage til

»at forbedre den måde, det *indre marked* [egen fremhævelse] fungerer på, bl.a. gennem et fornuftigt, effektivt og konsekvent niveau for regulering og tilsyn.«

Som det ses, spiller hensynet til det indre marked en central rolle for etableringen af European Supervisory Authorities. De tre tilsynsmyndigheder er da også oprettet med hjemmel i TEUF art. 114 om, at Europa-Parlamentet og Rådet vedtager de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.

4.1.2. Indirekte tilsyn

Betegnelsen »tilsynsmyndigheder« kan synes en smule misvisende, idet de tre European Supervisory Authorities som udgangspunkt ikke har ansvaret for

42. Se note 21 ovenfor.

det direkte tilsyn med de finansielle virksomheder, men derimod har en mere koordinerende rolle i forhold til de enkelte nationale tilsynsmyndigheder.[43]

Fastlæggelse af et harmoniseret regelsæt (single rulebook) som omtalt ovenfor er ikke i sig selv nok til at sikre en ensartet retstilstand i medlemsstaterne. Dette forudsætter en konsekvent og ensartet anvendelse og fortolkning af de harmoniserede bindende retsakter og en fælles tilsynskultur og -praksis fra de nationale tilsynsmyndigheders side. Arbejdet hermed indebærer en række forskellige opgaver for tilsynsmyndighederne af såvel tilsynsmæssig som håndhævelsesmæssig karakter. I den forbindelse er European Supervisory Authorities tillagt beføjelser til at udstede ikke-bindende retningslinjer og henstillinger rettet til de nationale tilsynsmyndigheder, jf. ESA-forordningernes art. 16, stk. 1.

De nationale tilsynsmyndigheder er ifølge ESA-forordningerne pålagt en forpligtelse til at bestræbe sig bedst muligt på at efterleve European Supervisory Authorities' retningslinjer og henstillinger. Samtidig er de underlagt et *comply or explain*-princip, hvilket indebærer, at hver enkelt national tilsynsmyndighed senest to måneder efter, at en europæisk tilsynsmyndighed har udstedt en retningslinje eller en henstilling, skal bekræfte, om den efterlever eller agter at efterleve denne retningslinje eller henstilling. Hvis en national tilsynsmyndighed ikke efterlever eller ikke agter at efterleve den, skal den underrette den relevante europæiske tilsynsmyndighed og angive sin begrundelse herfor.

Opgaven med at sikre en konsekvent og ensartet anvendelse af de fælles EU-regler indebærer bl.a., at European Supervisory Authorities skal foretage undersøgelser i de tilfælde, hvor der er mistanke om en overtrædelse eller manglende anvendelse af EU-retten. Sådanne undersøgelser kan følges op af en henstilling til den berørte nationale tilsynsmyndighed, jf. ESA-forordningernes art. 17, stk. 1-3.

I sin afgørelse af 24. juni 2013 konkluderede tilsynsmyndighedernes fælles klagenævn, at European Banking Authority ikke havde handlet korrekt, da den i en konkret situation havde afvist at iværksætte undersøgelser med henvisning til, at der ikke forelå en overtrædelse af EU-retten. Sagen vedrørte de finske og estiske tilsynsmyndigheders manglende indgriben over for klagers påstand om, at to filialbestyrere ikke opfyldte fit and proper-kravene i art. 11 i direktiv 2006/48/EF. European Banking Authority var af den opfattelse, at disse personer ikke var omfattet af art. 11 men alene af nationale regler, og at EBA-forordningens art. 17 derfor ikke kunne finde anvendelse. Klagenævnet var ikke enig i denne vurdering og hjemviste sagen til European Banking Authority.[44]

43. Endvidere spiller de en stor rolle i udviklingen af det fælles regelsæt (single rulebook), se afsnit 3 ovenfor.
44. Decision of the Board of Appeal (BoA) 2013-008, 24 June 2013.

Varetagelse af opgaven med at sikre en fælles tilsynskultur skal bl.a. ske ved at afgive udtalelser til de nationale tilsynsmyndigheder, ved at fremme effektiv informationsudveksling mellem disse myndigheder, og ved at bidrage til udarbejdelse af ensartede tilsynsstandarder.

Kendetegnende for disse opgaver er, at European Supervisory Authorities ikke har nogen direkte beføjelser over for de enkelte finansielle virksomheder i medlemsstaterne. Tilsynet med disse varetages af de nationale tilsynsmyndigheder, og European Supervisory Authorities' indflydelse udøves via de nationale myndigheder og gennem samarbejde med disse.

4.1.3. Direkte tilsyn

Har en national tilsynsmyndighed undladt at anvende nærmere bestemte retsakter, eller har den anvendt dem på en måde, som er i strid med EU-retten, kan European Supervisory Authorities rette en henstilling til tilsynsmyndigheden om de skridt, der er nødvendige for at efterleve EU-retten. Såfremt den nationale tilsynsmyndighed ikke følger henstillingen, kan Kommissionen afgive en formel udtalelse i overensstemmelse med den pågældende henstilling, hvorved den kræver, at den nationale tilsynsmyndighed enten gennemfører specifikke tiltag eller afstår fra at gennemføre bestemte tiltag for at sikre efterlevelse af EU-retten, jf. ESA-forordningernes art. 17, stk. 4. Ignorerer en national tilsynsmyndighed også Kommissionens formelle udtalelse, kan den relevante Supervisory Authority i overensstemmelse med Kommissionens udtalelse i ekstraordinære tilfælde vedtage en individuel afgørelse rettet til en finansiel institution. I denne afgørelse kan tilsynsmyndigheden kræve, at den finansielle institution tager de nødvendige skridt til at opfylde sine forpligtelser i henhold til EU-reguleringen, herunder til at ophøre med en given praksis, jf. art. 17, stk. 6.[45] I sådanne situationer har European Supervisory Authorities således direkte beføjelser over for de enkelte finansielle virksomheder.

Det samme er tilfældet i den situation, hvor der opstår uenighed mellem to nationale tilsynsmyndigheder i relation til tilsynet med finansielle virksomheder, der udøver grænseoverskridende aktiviteter – enten i form af filialetablering eller udnyttelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser eller via etablering af et datterselskab i en anden medlemsstat.

Udøver en finansiel virksomhed grænseoverskridende aktiviteter i form af filialetablering eller ved udnyttelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, er den omfattet af

45. Dette forudsætter dog at EU-reguleringen i det pågældende tilfælde finder umiddelbar anvendelse i forhold til den finansielle institution og ikke forudsætter national implementering.

principperne om gensidig anerkendelse og hjemlandstilsyn. Det indebærer, at en finansiel virksomhed, der er meddelt tilladelse i en medlemsstat har adgang til at udøve nærmere bestemte finansielle aktiviteter i en anden medlemsstat uden yderligere tilladelse fra denne medlemsstat. Samtidig er det også tilsynsmyndigheden i virksomhedens hjemland, der er ansvarlig for forsigtighedstilsynet med den pågældende virksomhed og dens aktiviteter. Værtslandet er dog i et vist omfang også involveret i tilsynet med virksomheden, og tilsynsmyndighederne i hjem- og værtslandet er forpligtet til at arbejde sammen om varetagelsen af tilsynet med de grænseoverskridende aktiviteter.

Har en finansiel virksomhed etableret et datterselskab i en eller flere andre medlemsstater, vil moder- og datterselskabet ikke være underlagt samme tilsynsmyndighed, idet de hver især vil være underlagt deres respektive hjemlands tilsynsmyndighed. Imidlertid skal der i sådanne situationer foruden tilsynet med de enkelte selskaber/virksomheder i koncernen føres et konsolideret tilsyn, dvs. et tilsyn, hvor koncernen betragtes som én økonomisk enhed. I den forbindelse nedsættes et tilsynskollegium dvs. et samarbejdsforum for tilsynsmyndighederne i de lande, hvor koncernen har selskaber.

Såfremt de implicerede nationale tilsynsmyndigheder ikke – via mæglingsbistand fra den relevante europæiske tilsynsmyndighed – kan nå til enighed, kan European Supervisory Authorities vedtage en bindende afgørelse, der pålægger de nationale tilsynsmyndigheder at tage eller undlade at tage specifikke skridt til at bilægge sagen. Efterkommer en tilsynsmyndighed ikke en sådan afgørelse, kan European Supervisory Authorities træffe en individuel afgørelse rettet direkte til den finansielle institution, hvorved den pålægger denne at tage de nødvendige skridt til at opfylde sine forpligtelser i henhold til fællesskabslovgivningen, herunder at ophøre med en given praksis, jf. ESA-forordningernes art. 19, stk. 4.

I forhold til udgangspunktet om, at European Supervisory Authorities ikke er egentlige tilsynsmyndigheder med direkte tilsynsbeføjelser, udgør European Securities and Markets Authority (ESMA) en undtagelse. ESMA har således det direkte tilsyn med kreditvurderingsbureauerne, jf. art. 21, stk. 1 i forordning nr. 1060/2009 om kreditvurderingsbureauer, ligesom myndigheden har den direkte tilsynskompetence i forhold til de såkaldte transaktionsregistre,[46] jf. afsnit VI, kapitel 1 i forordning nr. 648/2012 om OTC-derivater, centrale modparter og transaktionsregistre (EMIR-forordningen). Kommissionen overvejer endvidere muligheden for at udvide ESMA's direkte tilsynsbeføjelser til også at omfatte integrerede markedsinfrastrukturer.[47]

46. Et transaktionsregister er en juridisk person, der på central vis indsamler og vedligeholder optegnelser over derivater, jf. EMIR-forordningens art. 2, nr. 2. Et derivat er et finansielt produkt, der er konstrueret på basis af et underliggende aktiv, og hvis fremtidige værdi afhænger af dette underliggende aktiv.
47. Jf. KOM (2014) 509, s. 12.

4.2. Single Supervisory Mechanism

Oprettelsen af European System of Financial Supervision skabte rammerne for et øget og forbedret samarbejde mellem de nationale tilsynsmyndigheder i EU. Der var dog fortsat tale om, at tilsynet med de finansielle virksomheder var et nationalt anliggende på trods af, at de finansielle markeder i høj grad var integrerede. Samtidig var euro-landene qua deres fælles valuta i vidt omfang indbyrdes afhængige, hvilket øgede sandsynligheden for afledte negative konsekvenser på tværs af landegrænser.

Med henblik på en yderligere integration af tilsynsopgaverne opfordrede Kommissionen derfor i maj 2012 til, at der skulle oprettes en europæisk bankunion for at genoprette tilliden til euroen og den finansielle sektor i EU.[48] Allerede i september 2012 fremlagde Kommissionen et forslag til en køreplan for oprettelsen af en bankunion[49] samt forslag til retsakterne for oprettelse af den fælles tilsynsmekanisme (*Single Supervisory Mechanism* (*SSM*)).[50]

Single Supervisory Mechanism udgør det ene element i bankunionen. De to øvrige elementer består af en fælles mekanisme til afvikling af nødlidende banker (*Single Resolution Mechanism* (*SRM*))[51] samt en fælles indskydergarantiordning (*European Deposit Insurance Scheme* (*EDIS*)) som erstatning for de nationale indskydergarantiordninger.[52]

Hertil kommer det fælles regelsæt for bankerne (single rulebook), som bl.a. udgøres af de nye kapitalkravsregler (CRD IV og CRR IV)[53] og regler for genopretning og bankafvikling samt indskydergaranti.[54] CRD-IV-regelsættet er fundamentet for bankunionens tilsynsmæssige element. Regelsættet fastlægger således dels rammerne for tilsynsmyndighedens udøvelse af sin tilsynsvirksomhed, ligesom det indeholder materielle regler, hvormed der skal føres tilsyn.

48. Jf. KOM (2012) 299, s. 5.
49. KOM (2012) 510.
50. KOM (2012) 511 og KOM (2012) 512.
51. Forordning nr. 806/2014 af 15. juli 2014.
52. Den fælles indskydergarantiordning er endnu ikke vedtaget. Forslag herom er fremsat d. 24. november 2015.
53. Direktiv 213/36/EU af 26. juni 2013 og forordning nr. 575/2013 af 26. juni 2013. Med CRD IV-pakken implementeres Basel III-reglerne på europæisk plan. Reglerne indeholder skærpede krav til de finansielle virksomheder på en række punkter, fx krav til størrelsen og kvaliteten af egenkapital, krav til likviditet, kapitalbuffere og modpartsrisici, begrænsninger på udlånsgearing og krav til god selskabsledelse (corporate governance).
54. Direktiv 2014/59/EU af 15. maj 2014 henholdsvis direktiv 2014/48/EU af 16. april 2014.

I spidsen for Single Supervisory Mechanism står Den Europæiske Centralbank (ECB), der i samarbejde med de nationale tilsynsmyndigheder varetager tilsynsopgaverne. Baggrunden for valget af ECB som fælles tilsynsmyndighed er, at TEUF art. 127, stk. 6 er det eneste grundlag, hvorpå man kan bygge Single Supervisory Mechanism uden at skulle lave en traktatændring.[55] Eksempelvis kan man ikke gøre European Banking Authority til den ansvarlige tilsynsmyndighed, da dette vil være i strid med den såkaldte Meroni-doktrin (udledt af EF-domstolens sag 9/56) om delegation af beføjelser.[56]

Udpegningen af ECB som ansvarlig mikrotilsynsmyndighed er i direkte modstrid med Larosière-gruppens anbefalinger. Gruppen kommer i sin rapport med en række argumenter for, hvorfor den ikke mener, at ECB er velegnet som ansvarlig tilsynsmyndighed på mikroniveau.[57]

Single Supervisory Mechanism har været operationel siden november 2014.

4.2.1. Kreditinstitutter i eurozonen

Mens European System of Financial Supervision omfatter alle finansielle virksomheder i EU, er Single Supervisory Mechanism mere snævert defineret – dels i forhold til virksomhedstyper og dels geografisk.

Således omfatter Single Supervisory Mechanism og dermed ECB's tilsyn ifølge art. 1 i SSM-forordningen[58] alene *kreditinstitutter*, dvs. en virksomhed, hvis aktivitet består i fra offentligheden at tage imod indskud eller andre midler, der skal tilbagebetales, samt i at yde lån for egen regning, jf. art. 2, nr. 3 med henvisning til CRR art. 4, stk. 1, nr. 1. Hverken investeringsforeninger, forsikringsselskaber eller pensionsselskaber er således omfattet af Single Supervisory Mechanism.

55. Ifølge TEUF art. 127, stk. 6 kan Rådet »[...] ved forordning efter en særlig lovgivningsprocedure med enstemmighed og efter høring af Europa-Parlamentet og Den Europæiske Centralbank overdrage Den Europæiske Centralbank specifikke opgaver i forbindelse med politikker vedrørende tilsyn med kreditinstitutter og andre finansielle institutioner bortset fra forsikringsselskaber.«
56. For nærmere om Meroni-doktrinens betydning for de nye tilsynsmyndigheders reguleringskompetence, se *J. L. Hansen*, European Securities and Markets Authority (ESMA), s. 91.
57. Se nærmere *Larosière Group:* The High-level Group on Financial Supervision in the EU, s. 43f.
58. Forordning nr. 1024/2013 af 15. oktober 2013 om overdragelse af specifikke opgaver til Den Europæiske Centralbank i forbindelse med politikker vedrørende tilsyn med kreditinstitutter.

Mens European System of Financial Supervision omfatter alle EU's medlemslande, er bankunionen, herunder Single Supervisory Mechanism, primært tiltænkt at skulle omfatte eurolandene.[59] Ikke-eurolande, herunder Danmark, har dog mulighed for også at tilslutte sig ordningen på frivillig basis ved at indgå en aftale om såkaldt »tæt samarbejde«. Indgås en sådan aftale, forpligter medlemsstaten sig til at sikre, at dens nationale tilsynsmyndighed retter sig efter alle retningslinjer og anmodninger fra ECB, og at tilvejebringe alle de oplysninger om medlemsstatens kreditinstitutter, som ECB måtte ønske.

Vælger et ikke-euroland at stå uden for Single Supervisory Mechanism, skal der indgås et aftalememorandum med ECB, hvoraf det skal fremgå, hvordan ECB og de nationale tilsynsmyndigheder i ikke-eurolandet skal samarbejde om udførelsen af de tilsynsopgaver, som de hver især er underlagt i henhold til EU-retten, jf. SSM-forordningen, art. 3, stk. 6.

På nuværende tidspunkt har Storbritannien, Sverige og Tjekkiet meddelt, at de ikke ønsker at deltage i bankunionen, herunder Single Supervisory Mechanism, mens Danmark endnu ikke har taget stilling hertil.

4.2.2. Direkte tilsyn

ECB har det overordnede ansvar for tilsynet med alle kreditinstitutter omfattet af Single Supervisory Mechanism, men dets direkte tilsyn omfatter som udgangspunkt kun de såkaldte signifikante kreditinstitutter, mens tilsynet med de mindre signifikante kreditinstitutter fortsat ligger hos de nationale tilsynsmyndigheder, jf. SSM-forordningen, art. 6, stk. 4-6.[60] ECB kan dog når som helst beslutte at overtage det direkte tilsyn med én eller flere af disse banker for at sikre en konsekvent anvendelse af høje tilsynsstandarder.

Klassificeringen af et kreditinstitut som signifikant sker ved en afgørelse truffet af ECB på baggrund af en række kriterier. På nuværende tidspunkt er 123 kreditinstitutter i de deltagende medlemsstater klassificeret som signifikante og dermed under ECB's direkte tilsyn. Disse bankers aktiver udgør næsten 82 pct. af bankaktiverne i euroområdet.

Selvom det er ECB, der har det direkte tilsyn med de signifikante kreditinstitutter, arbejder ECB tæt sammen med de nationale tilsynsmyndigheder i forbindelse med udførelsen af sine tilsynsopgaver over for disse kreditinsti-

59. De fælles regler (single rulebook), der udgør bankunionens materielle retlige fundament, gælder dog for alle EU's medlemslande, se ovenfor.
60. Opgaven med at meddele og inddrage tilladelser samt opgaven med at vurdere underretninger om erhvervelser og afhændelser af kvalificerede andele vil for alle kreditinstitutters vedkommende dog altid ligge hos ECB.

tutter, idet de nationale tilsynsmyndigheder qua deres mangeårige ekspertise i tilsyn med kreditinstitutter samt kendskab til nationale, regionale og lokale markeder, forhold, kulturer og sprog ofte vil være de bedst egnede (og bedst placerede) til at varetage bestemte opgaver, fx dag-til-dag tilsyn samt forberedelse og implementering af ECB's afgørelser.[61] Af SSM-forordningens art. 6, stk. 3 følger da også en egentlig pligt for de nationale tilsynsmyndigheder til at bistå ECB med udførelsen af dens opgaver i overensstemmelse med instrukser udstedt af ECB.

4.2.3. Indirekte tilsyn

Det er fortsat de nationale tilsynsmyndigheder, som fører tilsyn med de mindre signifikante kreditinstitutter.

De nationale tilsynsmyndigheders tilsyn med de mindre signifikante kreditinstitutter foregår inden for rammer udstukket af ECB. Således udsteder ECB forordninger, retningslinjer eller generelle instrukser til de nationale tilsynsmyndigheder om, hvordan tilsynsopgaverne skal udføres i relation til de mindre signifikante kreditinstitutter, jf. SSM-forordningen, art. 6, stk. 5, litra a.

Det er ikke alle tilsynsopgaver, der overdrages til ECB med SSM-forordningen. Det drejer sig bl.a. om tilsynet i forhold til forbruger-, hvidvask og betalingstjenesteområdet, tilsynet med kreditinstitutter fra tredjelande, der opretter filialer eller udbyder grænseoverskridende tjenesteydelser i en medlemsstat samt tilsynet med institutter, der ikke er kreditinstitutter i EU-retlig forstand, men som ifølge national lovgivning er underlagt banktilsyn.[62] Tilsynet med disse forhold og institutter varetages derfor fortsat af de respektive nationale tilsynsmyndigheder.

4.3. Et komplekst tilsynssystem

Med indførelsen af European System of Financial Supervision og Single Supervisory Mechanism har man fået skabt grundlaget for større konsekvens og ensartethed i fortolkningen, anvendelsen og tilsynet med den finansielle regulering. Dette synes at være et væsentligt bidrag til et velfungerende, tillidsvækkende og økonomisk stabilt indre finansielt marked. I dette lys synes reformerne at have sejret.

Der er dog stadig plads til forbedringer, og i sin rapport om de europæiske tilsynsmyndigheder og Det Europæiske Finanstilsynssystem og disses virksomhed peger Kom-

61. Jf. SSM-forordningen, betragtning 37 og KOM (2012) 511, s. 5.
62. Jf. SSM-forordningen, betragtning 28.

missionen på en række områder, hvor der på både kort og langt sigt er muligheder for forbedringer.[63]

Selvom man umiddelbart skulle tro, at indførelsen af fælles EU-tilsynsorganer (henholdsvis ECB i forhold til kreditinstitutterne og ESMA i forhold til kreditvurderingsbureauerne og transaktionsregistrene) ville forenkle tilsynsstrukturen og -opgaverne, så synes det modsatte imidlertid næsten at være tilfældet. Man har fået skabt et meget komplekst tilsynssystem.

4.3.1. Banktilsyn på 2 niveauer

For det første er banktilsynet under Single Supervisory Mechanism som nævnt primært tiltænkt eurolandene. Således vil kreditinstitutterne i ikke-eurolandene tilsynsmæssigt være stillet anderledes – ikke nødvendigvis bedre eller dårlige – end de tilsvarende institutter i eurolandene. Samtidig vil de ikke-eurolande, der måtte vælge at tilslutte sig bankunionen via en aftale om tæt samarbejde, ikke være stillet på samme måde som eurolandene, idet de bl.a. ikke har adgang til at være repræsenteret i det såkaldte Styrelsesråd, mens de omvendt i modsætning til eurolandene har mulighed for at kunne udtræde af samarbejdet. Det indebærer reelt 3 forskellige tilsynsordninger – én for eurolandene, én for de deltagende ikke-eurolande og én for de ikke-deltagende ikke-eurolande. I forhold til de tre harmoniseringsstrategier kan det endvidere konstateres, at eurolandene (og de deltagende ikke-eurolande) og de ikke-deltagende ikke-eurolande befinder sig på forskellige niveauer.

4.3.2. Opgør med enhedstilsynet

For nogle medlemslande, herunder Danmark, såfremt vi vælger at indtræde i bankunionen, vil Single Supervisory Mechanism indebære et farvel til ordningen med et enhedstilsyn, dvs. ét tilsyn for hele den finansielle sektor. Dette kunne måske være en forholdsvis overskuelig udfordring, såfremt ECB overtog tilsynet med hele banksektoren. Sådan er det jo imidlertid ikke. Der vil stadig være mange situationer, hvor det vil være den nationale tilsynsmyndighed, der vil have ansvaret for det direkte banktilsyn, fx i forhold til de mindre signifikante kreditinstitutter. Det betyder, at nogle banker i en medlemsstat vil være underlagt ECB's direkte tilsyn, mens andre (fortsat) vil være under tilsyn af den nationale tilsynsmyndighed. Selvom de nationale tilsynsmyndigheder handler efter instrukser fastsat af ECB, vil der således – potentielt – kunne være forskel i tilsynet med kreditinstitutterne etableret i samme medlemsstat.

63. Jf. KOM (2014) 509.

Da det ikke er alle forhold, hvormed ECB fører tilsyn, vil det for de signifikante kreditinstitutter endvidere betyde, at de i visse situationer vil være omfattet af ECB's tilsyn, mens de i relation til andre spørgsmål, fx forbrugerspørgsmål, vil være underlagt den nationale tilsynsmyndigheds tilsyn.

Herudover skal European Banking Authority også indregnes i ligningen, idet dennes kompetencer og opgaver som udgangspunkt ikke ændres som følge af etableringen af Single Supervisory Mechanism. I forhold til European Banking Authority skal ECB således betragtes som enhver anden tilsynsmyndighed, når den optræder i rollen som en sådan under Single Supervisory Mechanism.[64] Ignorerer ECB en formel udtalelse fra Kommissionen, eller kan ECB ikke nå til enighed med en national tilsynsmyndig i forhold til tilsynet med et kreditinstitut, der udøver grænseoverskridende aktiviteter, vil European Banking Authority således kunne vedtage en individuel afgørelse i forhold til kreditinstituttet. Et kreditinstitut vil således potentielt kunne være underlagt direkte tilsyn fra tre forskellige myndigheder.

4.3.3. Konsolideret tilsyn

Etableringen af European System of Financial Supervision og Single Supervisory Mechanism skete bl.a. for at tage højde for det forhold, at mange finansielle virksomheder i dag driver forretning på tværs af grænserne, og hvor samarbejde og koordinering mellem hjem- og værtslandets tilsynsmyndigheder derfor er af væsentlig betydning. Som nævnt i afsnit 4.1.3 skal der i de situationer, hvor en finansiel virksomhed har etableret et datterselskab i en eller flere andre medlemsstater, føres et konsolideret tilsyn og nedsættes et tilsynskollegium. European Supervisory Authorities bidrager på forskellig vis til at sikre et velfungerende og effektivt samarbejde i tilsynskollegierne. På trods af indførelsen af en fælles EU-tilsynsmyndighed (ECB) på bankområdet er selve behovet for koordinering og samarbejde dog ikke forsvundet. Tværtimod er der nu kommet en yderligere spiller på banen, som der skal samarbejdes og koordineres med.

Det vil kun være i de situationer, hvor en grænseoverskridende koncern udelukkende består af kreditinstitutter fra medlemslande under Single Supervisory Mechanism, og hvor denne er signifikant på konsolideret grundlag, at behovet for koordinering vil være begrænset, idet ECB vil være tilsynsmyndighed for alle kreditinstitutterne i koncernen.

Kan koncernen ikke på konsolideret grundlag betragtes som signifikant, men kan kun et enkelt (eller flere) af kreditinstitutterne i koncernen anses for signifikante, vil det konsoliderede tilsyn derimod indebære nedsættelse af et

64. Jf. Udtalelse fra Udvalget om Konstitutionelle Anliggender af 27. november 2012.

tilsynskollegie bestående af såvel ECB som en række nationale tilsynsmyndigheder. Det samme vil være tilfældet, hvis koncernen består af kreditinstitutter etableret i såvel deltagende som ikke-deltagende medlemsstater. Det kan anføres, at dette ikke vil indebære de store ændringer, da selve antallet af deltagere i tilsynskollegiet vil være uændret i og med, at ECB blot træder i stedet for en af de nationale tilsynsmyndigheder. Det synes dog at påvirke kompleksiteten i tilsynssystemet, at der nu er tale om deltagelse af tilsynsmyndigheder fra to forskellige niveauer – henholdsvis ECB på supranationalt niveau og de nationale tilsynsmyndigheder på nationalt niveau.

4.3.4. Finansielle konglomerater

For de institutter, der driver virksomhed på tværs af de enkelte finansielle sektorer (finansielle konglomerater) får opgøret med enhedsprincippet også betydning. Indgår et signifikant kreditinstitut i et nationalt finansielt konglomerat, vil de enkelte enheder i konglomeratet således være underlagt tilsyn fra minimum 2 forskellige tilsynsmyndigheder – ECB og de(n) nationale tilsynsmyndighed(er). Herudover vil de være underlagt et supplerende tilsyn i medfør af konglomeratdirektivet.[65] Er der tale om et grænseoverskridende finansielt konglomerat – hvilket som oftest vil være tilfældet, vil såvel ECB som forskellige landes nationale tilsynsmyndigheder være involveret i tilsynet med konglomeratet, ligesom også European Securities and Markets Authority potentielt vil kunne indgå i porteføljen af tilsynsmyndigheder, hvis der i konglomeratet indgår virksomheder, hvormed ESMA har det direkte tilsyn.

5. Konklusion og perspektivering

Efter den seneste finansielle krise i 2008 har EU-lovgiver anvendt to forskellige strategier for harmoniseringen af reguleringen og tilsynet på kapitalmarkedsrettens område. Mens der er taget initiativ til en vidtgående harmonisering af regelværket med udviklingen af en »Single Rulebook«, er der indført et niveaudelt tilsyn med de finansielle virksomheder. Spørgsmålet er imidlertid,

65. Direktiv 2002/87/EF af 16. december 2002 om supplerende tilsyn med kreditinstitutter, forsikringsselskaber og investeringsselskaber i et finansielt konglomerat. ECB vil skulle deltage i det supplerende tilsyn med et finansielt konglomerat i tilknytning til de kreditinstitutter, der indgår i det uanset, om disse kreditinstitutter er signifikante eller ej, jf. SSM-forordningen, art. 4, stk. 1, litra h. ECB vil ligeledes kunne udpeges til koordinater for et finansielt konglomerat i overensstemmelse med kriterierne i konglomeratdirektivets art. 10.

om disse strategier baseret på forskellige grader af centralisering er komplementære eller konfliktfyldte?

Det kan her indledningsvis bemærkes, at en niveaudelt tilsynsstruktur kan svække udviklingen af en fælles regelbog på europæisk plan, eftersom ansvaret for at fortolke og anvende den finansielle regulering uddelegeres til flere selvstændige tilsynsmyndigheder.[66] Selvom de tre European Supervisory Authorities har til opgave at sikre en konsekvent og ensartet anvendelse og fortolkning af de harmoniserede bindende niveau 1 og 2-retsakter, er det fortsat op til de nationale tilsynsmyndigheder at gennemføre henstillinger og retningslinjer på nationalt plan.[67]

Disse bestræbelser skal dog ses i lyset af, at en fuldkommen harmonisering af kapitalmarkedsretten udgør en rigid og ufleksibel løsning.[68] I den forbindelse kan det ikke udelukkes, at en »governance-model« bestående af en fælles regelbog på europæisk plan og en niveaudelt tilsynsstruktur netop er velegnet til at sikre den optimale balance mellem harmonisering og fleksibilitet i den europæiske kapitalmarkedsret.

For det første vil en fælles regelbog lette arbejdet med et komplekst tilsynssystem. Dette gælder eksempelvis den situation, hvor a) en tilsynsmyndighed på supranationalt niveau, såsom European Securities and Market Authority eller Den Europæiske Centralbank, fører direkte tilsyn med to finansielle virksomheder fra hver deres medlemsstat, eller b) en finansiel virksomhed overgår fra at være underlagt tilsyn fra én tilsynsmyndighed til en anden tilsynsmyndighed. Ud fra et effektivitetssynspunkt udgør en fælles regelbog derfor en forudsætning for et niveaudelt tilsyn med flere tilsynsmyndigheder på hvert niveau.

For det andet kan en niveaudelt tilsynsstruktur afhjælpe problemet med »one size fits all« forbundet med en fælles regelbog. Den omtalte *regulerings*konkurrence mellem medlemsstaterne kan således erstattes af en mere kontrolleret *tilsyns*konkurrence mellem de nationale tilsynsmyndigheder inden for rammerne af European System of Financial Supervision. Som eksempel på sådanne tilsynsinitiativer, der er udviklet uden direkte tilknytning til EU-retten, kan nævnes tilsynsdiamanten i dansk ret[69] og Treating Customers

66. The Single Rulebook in banking: is it 'single' enough?, s. 5.
67. Om problemerne forbundet med den nationale implementering og håndhævelse af henstillinger og retningslinjer, se *M. v. R.:* On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority, s. 125ff. i Utrecht Law Review, vol. 10 (2014) no. 5.
68. *V. Babis:* Single Rulebook for Prudential Regulation of EU Banks, s. 781.
69. Vejledning om tilsynsdiamanten for pengeinstitutter (vejl. nr. 9047 af 7. februar 2013).

Fairly-initiativet i engelsk ret.[70] Herudover må de nationale tilsynsmyndigheder under en decentral forvaltning af den finansielle regulering formodes at have et dybere kendskab til lokale markedsforhold, handelspraksis mv.[71] I dette tilfælde har de nationale tilsynsmyndigheder derfor bedre forudsætninger for at anvende dispensationsbestemmelser i lovgivningen.

På den baggrund er der grundlag for at fastholde og udvikle en fælles regelbog og et niveaudelt tilsyn som den dominerende »governance-model« frem for blot at anskue denne model som en overgangsfase i udviklingen af den europæiske kapitalmarkedsret. Fremadrettet består en central udfordring dog i at indpasse de nævnte særordninger med et direkte markedstilsyn fra en EU-institution eller et EU-agentur i denne tilsynsmodel.

70. Om forholdet mellem Treating Customer's fairly-initiativet og Direktiv 2004/39/EF af 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter (MiFID) se *C. Skinner (red.):* The Future of Investing: In Europe's Markets after MiFID (2007) John Wiley & Sons, s. 91.
71. I samme retning, se *P. Schammo:* EU Day-to-Day Supervision or Intervention-based Supervision: Which Way Forward for the European System of Financial Supervision? s. 783 i Oxford Journal of Legal Studies, vol. 32 (2012) no. 4.

Lejers (u)væsentlige misligholdelse ved forsinkelse med lejebetalinger

– en obligationsretlig analyse af lejelovens § 94, stk. 1

Af Jakob Juul-Sandberg

1. Introduktion

Ved udlejers ophævelse af et lejeforhold på grund af misligholdelse kan domstolene under givne omstændigheder tilsidesætte en i øvrigt formelt set gyldig ophævelse. Det kan ske på baggrund af forhold, der primært men ikke udelukkende relaterer sig til perioden efter ophævelse er sket, såfremt domstolen finder, at lejerens misligholdelse de facto ikke er væsentlig. Dette følger også direkte af lejelovens (herefter LL) § 94, stk. 1.

Ordlyden af LL § 94, stk. 1 er i dag: »Skønnes det forhold, der lægges lejeren til last, at være af uvæsentlig betydning, kan udlejeren ikke hæve lejeaftalen«.

Lejeretten er som retsdisciplin en del af obligationsretten, og lejeforhold er som andre typer af gensidigt bebyrdende retsforhold baseret på aftale- og obligationsret. Lejelovgivningens regler må således som udgangspunkt skulle afspejle de almindelige aftaleretlige og obligationsretlige regler og grundsætninger med den modifikation, at der i lejelovene er indeholdt en række beskyttelsespræceptive regler, da lejeren oftest betragtes som den »svage« part i retsforholdet.[1]

Som i andre obligationsretlige sammenhænge er også spørgsmålet, hvorvidt der foreligger en væsentlig misligholdelse, en konkret vurdering, hvor retspraksis medvirker til at sætte rammerne for anvendelsen af begrebet. Det er i den sammenhæng relevant at undersøge, hvornår og hvordan LL § 94, stk. 1 finder anvendelse.

1. Således forudsat allerede i forarbejderne til den første lejelov – se Indenrigsministeriets Huslejenævnsudvalgs betænkning, 1934, s. 7 f.: »*Samfundshensyn kræver bydende, at visse regler i Lejeforhold maa være ufravigelige*...«. Jf. også *Jakob Juul-Sandberg* i »Lejerens indsigelser i lejeforhold – form, indhold og retsvirkning« i Festskrift til Nis Jul Clausen, 2013. s. 261-274.

I artiklen vurderes det – med fokus på betalingsmisligholdelse – med dette udgangspunkt, i hvilket omfang anvendelsesområdet for LL § 94, stk. 1 er i overensstemmelse med almindelig obligationsret, og om der på den baggrund opstilles nogle mere generelle rammer for anvendelsen af bestemmelsen med henblik på at fremme forudsigelighed, hvilket dog forudsætningsvist er vanskeligt, da en væsentlighedsvurdering i kontraktforhold er konkret og tager hensyn til kontraktparternes individuelle forhold. Det analyseres endvidere i denne kontekst, hvilken betydning det tillægges for misligholdelsesvurderingen, at der ved forsinket betaling skal gives en påkravsfrist til lejeren, inden ophævelse kan ske. Det undersøges herunder, om forlængelsen af påkravsfristen fra 3 til 14 dage pr. 1. juli 2009 har haft nogen betydning for vurderingen af, hvornår en misligholdelse ikke er væsentlig, og hvilke konkrete momenter der i øvrigt skal tillægges betydning.

1.1. Afgrænsning

Der findes en tilsvarende bestemmelse (som LL § 94, stk. 1) i lov om leje af almene boliger[2] § 91, stk. 1, og i erhvervslejelovens[3] § 70, stk. 1. Der er ikke gennem retspraksis nogen dokumentation for, at anvendelsesområdet eller den væsentlighedsvurdering, der skal foretages efter disse bestemmelser, hviler på et andet grundlag, eller er lempet eller skærpet, selvom der er tale om andre typer af lejeforhold.[4] Disse bestemmelser omtales derfor ikke særskilt i det følgende, og retspraksis der vedrører disse bestemmelser inddrages på lige fod, hvor det er relevant og uden særskilt angivelse.

2. Generelt om væsentlig misligholdelse ved forsinkelse i lejeforhold

Lejelovgivningen bygger som anført på almindelige aftaleretlige og obligationsretlige principper.[5] Lejeren er bundet af den indgåede aftale med udlejeren, og lejerens hovedforpligtelse er betaling af lejen til aftalt tid. I udgangspunktet kan der i den situation ikke stilles krav om yderligere påmindelse (om betaling), da forpligtelsen følger direkte af aftalen.

2. LBKG 2010 961.
3. LBKG 2010 1714.
4. Jf. således også *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 55.
5. Jf. også bl.a. Indenrigsministeriets Huslejenævnsudvalgs betænkning, 1934, s. 7 og *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg., 2015, s. 58.

Så når lejeren ikke betaler lejen til tiden, er der i en obligationsretlig terminologi tale om misligholdelse på grund af forsinkelse (med betalingen). Udgangspunktet for den obligationsretlige vurdering af, hvornår en forsinkelse er væsentlig, kan findes i købelovens regler (§ 21 og § 28).[6] Den afgørende betingelse er her, at forsinkelsen faktisk er væsentligt for kreditor, og at debitor måtte forstå dette. Disse forhold må som udgangspunkt bedømmes konkret og individuelt.[7]

I lejeforhold er hovedreglen, at enhver forsinkelse med betaling er væsentlig, da lejeren også har fået en påkravsfrist, jf. LL § 93, stk. 2. Væsentlighedskravet finder dog også anvendelse ved forsinket betaling af leje i lejeforhold, der ikke er omfattet af lejelovgivningen, jf. U 1962.220 ØLD og U 1981.921 ØLD.[8]

LL § 94, stk. 1, indeholder hjemmel for en modifikation til dette. Bestemmelsen er udtryk for, at der skal ske en subjektiv bedømmelse af misligholdelsen, ved at der tages hensyn til omstændighederne omkring lejeforholdet, efter ophævelsen er sket, selvom det objektivt kan lægges til grund, at betingelserne for ophævelse, som følger af LL § 93, er opfyldt. Bestemmelsen er i lejeforhold beskyttelsespræceptiv, jf. LL § 96.

Det subjektive indhold er beskrevet på forskellig vis i retsteorien. Hos *Mogens Düur*, *Timmy Lund Witte* og *Kristin Jonasson*: Administration af boliglejemål, 2010, s. 933 kaldes § 94, stk. 1, en: »*hvor-er-det-synd-regel*«. Dette beskriver det subjektive indhold; men er naturligvis anført med udgangspunkt i udlejerperspektivet, som er gennemgående i det pågældende værk. Se også *Niels Schou* i U 1991 B 362: »*... foreliggende subjektive undskyldningsgrunde*«.

Mads Bryde Andersen og *Joseph Lookofsky* beskriver det i Obligationsret I, 4. udg., 2015, s. 377 med henvisning til forarbejderne således:

> »Bestemmelsen er reserveret mere specielle tilfældegrupper, hvor den manglende betaling er ubetydelig og må tilskrives tilfældigheder, som det ikke findes rimeligt at lade debitor hæfte for«.

Se endvidere *B. Gomard*: Obligationsret, 2. del, 4. udg. ved *Torsten Iversen*, 2011, s. 134, hvorefter LL § 94, stk. 1, hjemler adgang til at se bort fra »*bagatelagtige kontraktskrænkelser fra lejerens side*«.

6. *B. Gomard*: Obligationsret, 1. del, 4. udg., 2006, s. 114. *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 54.
7. Jf. også *Henry Ussing*: Obligationsretten, Almindelig del, 4. udg., 1961, s. 86.
8. Og *Peter Mortensen*: Landbrugsforpagtning, 1999, s. 606 (dommen U 1981.921 ØLD er her refereret som U 1980.921 Ø).

3. Retsgrundlaget

I lejeforhold findes grundlaget for at hæve en lejeaftale (udtømmende) i LL § 93. Reglen er beskyttelsespræceptiv, hvilket i denne sammenhæng skal forstås således, at parterne i lejeforholdet ikke kan indgå aftale om et ophævelsesgrundlag, der ikke er hjemlet i § 93, og som er til skade for lejeren. Som andre formueretlige aftaler kan lejeaftalen kun hæves, når der foreligger væsentlig misligholdelse. Det er forudsat i LL § 93, hvad der er misligholdelse; men ikke hvad der fører til, at misligholdelsen er væsentlig.

Det er primært i forbindelse med betalingsmisligholdelse, at væsentlighedsvurderingen aktualiseres. LL § 94, stk. 1, (og stk. 2), finder dog forudsætningsvist også anvendelse også i relation til de øvrige ophævelsesgrunde i LL § 93, selvom der her ikke i alle tilfælde er tale om en forsinkelse med lejerens ydelse, jf. f.eks. T:BB 2006.415 ØLD, hvor landsretten – i en sag om vanrøgt – i præmisserne om lejerne udtalte, at disse fandtes

» ... ikke at have misligholdt deres forpligtelser på en sådan måde, at deres fjernelse fra lejemålet er påkrævet, jf. LL § 93, stk. 1, litra L sammenholdt med § 94«,

og ligeledes af boligrettens flertal i U 2014.971 VLD (T:BB 2014.167) – om ophævelse på grund af adgangsnægtelse, jf. LL § 93, stk. 1, litra c – samt tilsvarende i T:BB 2004.507 VLD og i T:BB 2001.488 BRD om erhvervslejelovens § 69, stk. 1, nr. 4.

I relation til de øvrige litra i § 93 er vurderingen af væsentlighedsbedømmelsen dog oftest bundet op på, om lejerens fjernelse fra det lejede er påkrævet. Se om denne vurdering f.eks. i Højesterets præmisser i U 2013.3112 HD (T:BB 2013.711) om tilsvarende bestemmelser i lov om leje af almene boliger:

»Bedømmelsen af, om »lejerens fjernelse er påkrævet«, som nævnt i almenlejelovens § 90, stk. 1, nr. 12, må foretages på grundlag af misligholdelsens karakter og under hensyn til lejerens forhold i øvrigt på ophævelsestidspunktet, således at det vurderes, om ophævelsen står i et rimeligt forhold til misligholdelsen«.[9]

9. Jf. også *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011. s. 340. *B. Gomard* anfører i Obligationsret, 1. del, 4. udg., 2006, vedrørende LL § 93, stk. 1, litra b-l, at »*Således som disse grunde er beskrevet i loven, vil der i almindelighed kun foreligge en hævebegrundende misligholdelse i tilfælde, hvor lejerens forhold f.eks. vanrøgt af det lejede eller krænkelse af god skik og orden i ejendommen er culpøst eller endda groft dadelværdigt*«.

Hvor der både er hjemmel til ophævelse og opsigelse – f.eks. ved overtrædelser af god skik og orden, jf. LL § 83, stk. 1, litra e og LL § 93, stk. 1, litra g, jf. LL § 79 a, – og såvel ophævelse som opsigelse er gjort gældende som retsgrundlag – har LL § 94 forudsætningsvist ingen selvstændig betydning, da væsentlighedsvurderingen her ligger i »graden« af misligholdelsen begrundet i forskellen mellem opsigelse og ophævelse.

3.1. Historik

Bestemmelsen i nugældende LL § 94, stk. 1, kan føres tilbage til den første lejelov fra 1937. Denne lovs § 67 oplistede, som LL § 93 i dag, en række regler for, hvornår udlejeren kunne ophæve lejemål på grund af lejerens misligholdelse. I § 67, stk. 2, fandtes også en regel svarende til nugældende LL § 94, stk. 1. Af forarbejderne til den bestemmelse fremgik det bl.a., at

»... Hvad der skal betragtes som væsentlig Misligholdelse, kan efter Sagens Natur ikke afgøres ved nogen almindelig Regel, og Afgørelsen i de enkelte Tilfælde maa derfor ofte give Anledning til Tvivl«, og

» ... kun gennem Lovgivning er det muligt at paase, at begge Parters Interesser iagttages, saaledes at der paa den ene Side sørges for, at Udlejeren ikke udsættes for at skulle beholde en Lejer, som han ikke kan være tjent med, og paa den anden side for, at Lejeren ikke er udsat for af Aarsager, som der ikke kan tillægges afgørende Vægt, at skulle fortabe sin Brugsret«.[10]

I retspraksis var anvendelsen af bestemmelsen i relation til betalingsmisligholdelse relateret til vurderingen af lejerens betalingsvilje og – evne, jf. f.eks. U 1938.1106 ØLD (en manglende betaling grundet »ren forglemmelse« var uvæsentlig) samt U 1938.1124 ØLD (undskyldelig fejl der ikke skyldes manglende vilje eller evne til at betale ikke væsentlig).[11]

I 1951 blev henvisningen til, at der skulle lægges vægt på, hvorvidt lejerens forsinkede betaling skyldes manglende evne eller vilje til at betale, indføjet i lovteksten (§ 112, stk. 2) for at lovfæstne den praksis, som navnlig Østre Landsret var begyndt at følge.[12]

10. Indenrigsministeriets Huslejenævnsudvalgs betænkning, 1934, s. 50.
11. *O.I. Kaarsberg* og *A. Gøtzsche*: Lov om leje af 23. marts 1937 og Lov om Beskyttelse af Erhvervsvirksomheder i lejet Ejendom af samme Dato – forsynet med Kommentarer, 1941, s. 152. Se også *Henry Ussing*: Enkelte kontrakter, 2. udg., 1946, s. 21 med henvisning til et par domme fra før indførelsen af lejeloven.
12. Jf. *Frederiksen* og *Ehlers*: Lejeloven (Lovbekendtgørelse nr. 116 af 15. april 1955), 1955, s. 263, *Frederiksen, Ehlers* og *Blom*: Kommentar til Lejeloven, 1958, s. 268 og s. 276 (tilsvarende 1968-udgaven s. 281 og s. 295) med henvisning til bl.a. U

I lejelovene fra 1967 og 1975 lød formuleringen (nu i § 63, stk. 2, 2. pkt.):

» ... ved afgørelsen af, om forsinket betaling er en væsentlig misligholdelse, skal lægges vægt på, hvor vidt forsinkelsen skyldes lejerens manglende evne eller vilje til at betale«.

Det skulle fortsat ved en forsinkelse med rettidig betaling vurderes, om den manglede betaling kun henføres til lejerens forhold. Ved 1975-loven blev reglen om påkrav ved betalingsmisligholdelse også indført (i dag § 93, stk. 2).

Ved indførelsen af den nugældende hovedlov i 1980 udgik henvisningen til betalingsvilje og -evne fra selve bestemmelsen, og den nugældende formulering i LL § 94, stk. 1, blev indføjet. I bemærkningerne til lovforslaget til 1980-loven fremgik det bl.a., at henvisningen synes overflødig, og at den ofte blev misforstået af lejere, der indfortolkede, at udlejer kun kunne hæve, hvis for sen betaling skyldtes manglende betalingsvilje, og ikke når lejeren uden egen skyld var ude af stand til at betale. Derudover var bestemmelsen fulgt af en bemærkning om, at:

»Stk. 1, svarer til lovens § 63, stk. 2, 1. pkt., hvorefter udlejer ikke kan hæve, hvis det forhold, der lægges lejeren til last, skønnes at være af uvæsentlig betydning«.[13]

Indførelsen af en påkravsfrist i 1975 må dog medføre, at retspraksis fra før 1975 har mistet værdi som retningslinje for væsentlighedsvurderingen i dag, og desuden må anvendelsesområdet for bestemmelsen generelt være blevet indsnævret ved indførelse af en (yderligere) betalingsfrist, idet en sådan frist normalt vil give debitor, som kan og vil betale, muligheden for at svare for sig, hvilket må betyde, at betalingsvilje og -evne alene kan tillægges en begrænset betydning om nogen, jf. også nedenfor.[14] Jf. også *Ehlers* og *Blom*: Kommentar til lejelovene, bind 1, 1976, s. s. 269, hvor det anføres, at:

»Denne ældre praksis har fremover vejledende betydning f.s.v. angår de tilfælde, hvor ophævelse er taget til følge, hvorimod man ved sager med modsat udfald må erindre, at der nu altid i.h.t. stk. 1, nr. 1, kræves skriftligt påkrav med en frist på 3 hverdage til at

1946.208 ØLD og U 1946.1145 ØLD, samt *Erwin Munch-Petersen* i Juristen 1950, s. 155 f. og U 1951.753 HD.

13. Folketingstidende 1978-79, Tillæg A, sp. 2471. Se kritisk om ændring af bestemmelsen herunder til bemærkningerne i forarbejderne og sammenhængen med almindelige obligationsretlige regler hos *Halfdan Krag Jespersen* i Juristen 1979, s. 367.
14. *B. Gomard*: Obligationsret, 1. del, 4. udg., 2006, s. 117. *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 54-55. *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*: Obligationsret I, 4. udg., 2015, s. 353 og s. 376 f., *Peter Mortensen*: Landbrugsforpagtning, 1999, s. 608.

berigtige restancen i. Når lejere ikke efterkommer sådant påkrav, må den altovervejende hovedregel blive, at en ophævelsespåstand tages til følge«.

3.2. Nordisk ret

En bestemmelse som LL § 94 er ikke »unik« for dansk ret, idet tilsvarende regulering findes i Sverige og Finland. Årsagen hertil kan formentlig henføres til et fællesnordisk formueretligt udgangspunkt.

I den svenske lejelov (Hyreslagen § 42, stk. 5) findes den tilsvarende bestemmelse om vurderingen af væsentligheden af lejerens misligholdelse med betaling:

»Hyresrätten är inte förverkad, om det som ligger hyresgästen till last är av ringa betydelse«.

Der lægges ved vurderingen (af »*av ringe betydelse*«) i udgangspunktet vægt på de samme momenter, som efter dansk ret tillægges betydning, herunder størrelsen af den skyldige leje på ophævelsestidspunktet.[15]

I den finske lejelov lyder bestemmelsen:

»Om det förfarande som utgör en hävningsgrund är av ringa betydelse, föreligger dock inte rätt att häva hyresavtalet«.[16]

I Norsk lejelovgivning ligger væsentlighedsvurderingen som en generel betingelse for at der kan ske ophævelse, jf. Husleieloven[17] § 9-9:

»Utleieren kan heve leieavtalen på grunn av vesentlig mislighold fra leierens side. Vesentlig mislighold foreligger dersom:

a) leieren vesentlig misligholder sin plikt til å betale leie eller oppfylle andre krav som reiser seg av leieavtalen... «.

I norsk ret er der dermed ikke som i dansk, svensk og finsk ret en form for efterfølgende vurdering af, om den misligholdelse, som kan konstateres objek-

15. *Leif Holmquist, Rune Thomsson*: Hyreslagen, 10. upplagan, 2013, s. 365 ff. og *Thomas Edling*: 12 kap. Jordabalk »Hyreslagen« – En kommentar, 2014, s. 282 med omtale af svensk retspraksis (der ikke synes så omfattende som den danske, jf. herom nedenfor). »*Rättspraxis kan sägas vare relativt sträng mot hyresgästen*«, jf. anførte sted.
16. Lag om hyra av bostadslägenhet (31.3.1995/481) § 61, stk. 3. Se også Högsta Domstolen 2003:71 (S2001/979) af 25. august 2003, *Ari Kanerva, Petteri Kuhanen*: Laki asuinhuoneiston vuokrauksesta, 3. udg., 2011, s. 249.
17. Lov om husleie av 26. mars 1999 nr. 17.

tivt at være til stede, er væsentlig, selvom udgangspunktet er tilsvarende – og den materielle forskel formentlig ikke er stor, da væsentlighedsvurderingen som anført her ligger implicit i ordlyden af selve hjemlen.[18]

4. Vurdering af anvendelsesområdet for LL § 94, stk. 1

Indholdet af væsentlighedsvurderingen udfyldes af domstolene. Udformningen af en lovregel på denne vis har den konsekvens, at lovgiveren derved overlader det til domstolene at foretage den skønsmæssige vurdering af indholdet af begrebet. Retspraksis giver derfor i betydeligt omfang retningslinjer for den bedømmelse af, hvornår noget er uvæsentligt, som skal foretages. Der findes talrige domme – trykte som utrykte[19] – der vedrører de forhold, som beskrives og analyseres her.

I de fremstillinger, der i øvrigt beskriver anvendelsen af LL § 94, stk. 1, er en lang række af disse afgørelser også omtalt og lagt til grund for analyserne.[20] På trods af de forskellige analyser af bestemmelsens anvendelsesområde kan man dog fortsat antage, at der ikke kan angives nogen helt klar dokumentation for, hvornår en misligholdelse fra en lejer er væsentligt i lejeretlig forstand. De fleste domme, der vedrører LL § 94, stk. 1, og som har betydning for beskrivelsen af gældende ret, er helt eller delvist konkret begrundede, hvilket følger af, at der er tale om en individuel vurdering af hvert lejeforhold i hver konkret sag. En beskrivelse af retstilstanden bekræfter således det åbenlyse, at der er tale om en konkret vurdering af omstændigheder ved misligholdelsen – både før og efter – der bliver afgørende for resultatet, og det er svært at rubricere afgørelserne ud fra nogle kriterier, der er generelt anvendelige. Som

18. Se f.eks. *Vigdis Knutsen Magistad*: Leie af lokaler, 2008, s. 427, *Line A. Parelius* og *Svarre Bragdø-Ellenes*: Husleieavtaler, 2. utgave, 2010, s. 219 f. bl.a. med henvisning til lovforarbejderne om væsentlighedsvurderingen (Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 201 højre spalte).
19. Utrykte afgørelser kan principielt ligestilles med trykte afgørelser for så vidt angår argumentation for, hvad der er gældende ret, jf. *Jørgen Mathiassen* U 1976 B 61 (s. 65 nederst) og *Peter Blume* i U 1989 B 201 f. En del utrykt praksis om LL § 94, stk. 1, er beskrevet hos *Finn Haargaard:* Lejefogedsager, 2. udg., 2003 og hos *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011, samt i KARNOVs noter til bestemmelsen.
20. Se *Finn Haargaard:* Lejefogedsager, 2. udg., 2003, *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg., 2015, *Mogens Düur*, *Timmy Lund Witte* og *Kristin Jonasson*: Administration af boliglejemål, 2010, samt *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011.

det vil fremgå nedenfor, vil kendelserne også ofte kunne »kategoriseres« til støtte for flere forskellige – om måske modsatrettede – momenter.

Som anført af *Gomard* om væsentlighedsvurderingen i relation til misligholdelse af kontrakter generelt, så er betydningen af ordet »væsentlig« fleksibel – og »*reglens fleksibilitet er en nødvendig forudsætning for dens universalitet*«. Der kan derfor ikke gives et nøjagtigt mål for, hvornår en misligholdelse er væsentlig. Afgørende for, om misligholdelsen er væsentlig og dermed hævebegrundende, beror på en helhedsvurdering.[21] Dette er det kontraktretlige udgangspunkt, som også følges i lejeretten.

Det giver dog retsanvenderen problemer ved vurderingen af, om LL § 94, stk. 1, kan anvendes på en given misligholdelse. Spørgsmålet er, om man kan komme det nærmere ud fra en mere generel obligationsretlig tankegang.

Ud fra den righoldige retspraksis kan det konstateres, at grundlaget for vurderingen findes i tre hovedmomenter: fristoverskridelsens længde og restancens størrelse samt andre konkrete forhold, hvoraf de to første er objektivt konstaterbare og dermed til at forklare i den obligationsretlige kontekst, om end de kan være genstand for tvist.

I det følgende forsøges det at opstille nogle retningslinjer for anvendelse af væsentlighedsvurderingen ud fra de netop angivne kriterier, idet der sammenholdes med, hvad der generelt vil være gældende indenfor obligationsretten. Det må anses at være det nærmeste, som man kan komme på at »klarlægge« retstilstanden på området.

4.1. Fristoverskridelsens længde

Udgangspunktet må være, at enhver forsinkelse med betaling er væsentlig i lejeforhold.[22] Det skyldes, som anført ovenfor, også, at lejer allerede har fået en yderligere (påkravs) frist til betaling, inden udlejer har ophævet lejemålet, hvorfor der kan stilles krav om en stor nøjagtighed til tidspunktet for opfyldelsen.[23] Der gælder ikke udenfor lejeforhold nogen almindelig regel om, at en misligholdelse først kan gøres gældende efter fremsættelsen af et påkrav.[24] At der i LL § 93, stk. 2 er en påkravsfrist, og at der herved sker en fravigelse af det obligationsretlige udgangspunkt, må føre til, at der kun i begrænset omfang kan være tale om, at en yderligere forsinkelse med betaling efter ophævelsen kan være uvæsentlig.

21. *B. Gomard*: Obligationsret, 2. del, 4. udg. ved *Torsten Iversen*, 2011, s. 125.
22. Jf. også *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg., 2015, s. 654.
23. Se *B. Gomard*: Obligationsret, 2. del, 4. udg. ved *Torsten Iversen*, 2011, s. 130.
24. *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*: Obligationsret 1, 4. udg., 2015, s. 226-227.

I overensstemmelse med almindelig obligationsret vil omstændigheder, der indtræffer efter, at hæveerklæringen er kommet frem til lejeren, som hovedregel ellers ikke blive tillagt betydning for, hvorvidt misligholdelsen er væsentlig eller på andet grundlag fører til, at ophævelsen ikke kan effektueres (i lejeforhold at lejeren udsættes af det lejede, hvis ikke der sker frivillig fraflytning).

Dette er også lagt til grund ved ophævelse efter LL § 93 på andet grundlag end betalingsmisligholdelse, jf. f.eks. T:BB 2010.403 ØLD, hvor den person, som var ansvarlig for misligholdelsen, og som havde været en del af lejerens husstand, fraflyttede lejemålet efter ophævelsen; men forinden sagen skulle prøves i retten. Se også Højesterets præmisser i U 2013.3112 HD (T:BB 2013.711), som citeret ovenfor i afsnit 3, hvor det anføres, at væsentlighedsbedømmelsen skal ske på ophævelsestidspunktet.

Men i relation til væsentlighedsvurderingen er det også forsinkelse efter der er sket ophævelse, der kan være relevant – i modsætning til, hvad der i øvrigt generelt ville gælde ved vurdering af forsinkelse som misligholdelse i kontraktforhold. Det skyldes, at lejeren er uden indflydelse på, hvornår udlejer vælger at sende påkrav- og ophævelsesskrivelsen.[25] Det er dog ikke uden betydning, hvad der er sket i perioden fra forfaldsdato indtil ophævelsestidspunktet i forhold til eventuelle andre momenter, der kan tillægges betydning ved væsentlighedsvurderingen, ligesom det må kunne tillægges betydning, hvor lang tid der går mellem påkravsfristens udløb og udlejers ophævelse.[26]

Sker betaling efter påkravsfristens udløb; men inden ophævelsen er kommet frem til lejeren, vil ophævelsen ikke blive tillagt retsvirkning, jf. LL § 94, stk. 2, og f.eks. T:BB 1999.262 ØLK samt U 2015.3852 HKK. Reglen i LL § 94, stk. 2, kan ikke anses som udtryk for en almindelig obligationsretlig regel om, at en lejer kan undgå at være i misligholdelse efter selv en lang forsinkelse alene ved at betale, inden udlejer formelt ophæver.[27]

Retspraksis efterlader heller ikke på dette område noget entydigt billede af, hvad der skal til, jf. f.eks. GD 1994.4 VLK (betaling 1-2 timer efter ophævelse) eller T:BB 2002.409 ØLK (betaling kl. 11.14 den dag, hvor ophævelsesskrivelse kom frem kl. 10.35, anset for væsentlig med henvisning til lejers hidtidige betalingsmønster), samt GD 2009.11 B,[28] hvor udlejers ophævelse

25. *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 55, *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg., 2015, s. 635, samt den redaktionelle note til T:BB 2003.267 ØLK.
26. *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg. 2015, s. 653 f.
27. *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg. 2015, s. 634.
28. Fogedretskendelse afsagt den 15. februar 2008 af Københavns Byret (sag nr. F3-21927/2007).

ansås for at være fremkommet 14 minutter før lejerens betaling af lejerestance – misligholdelsen ikke anset for uvæsentlig; men i modsætning her til f.eks. T:BB 2010.729/2 VLK, hvor misligholdelse var uvæsentlig, da et udestående påkravsgebyr på 250 kr. var blevet betalt samme dag, som meddelelse om ophævelse nåede frem til lejer.

I T:BB 2005.340/2 ØLK havde en lejer, der gennem 28 år ikke havde været i restance, ved en fejltagelse ikke betalte leje, inden denne tog på ferie. Udlejer afgav påkrav og ophævede lejemålet, hvilket lejer, der boede alene, først så ved hjemkomst fra ferie. Restancen blev betalt dagen efter. Der forelå væsentlig misligholdelse. I FM 2009.208 ØLK betalte lejer, der i 18 år ikke havde betalt for sent, huslejen 18 dage for sent. Lejer havde været ude at rejse på et tidspunkt, hvor udlejer havde givet meddelelse om, at lejen skulle betales til et andet kontonummer. Misligholdelsen fandtes uvæsentlig.

Sammenfattende kan det dog foreløbigt konkluderes, at i overensstemmelse med det obligationsretlige udgangspunkt kan en fristoverskridelse (på selv få minutter eller mere end en måned) ikke stå alene som begrundelse for, at misligholdelsen er uvæsentlig. Der skal foreligge andre omstændigheder. Det har derfor i denne sammenhæng også betydning, hvordan lejeren reagerer på fejlen.[29]

4.1.1. Påkravsfristens længde

Spørgsmålet er i denne sammenhæng tillige, hvilken betydning påkravsfristen skal tillægges i helhedsvurderingen. Ved 1975-lejeloven blev reglen om påkrav ved betalingsmisligholdelse indført (i dag § 93, stk. 2). Dette kunne umiddelbart indikere, at hensynet til betalingsviljen og -evnen – som da stadig var angivet i bestemmelsens ordlyd (dagældende LL § 63, jf. også ovenfor i afsnit 3) – ikke længere skulle tillægges samme betydning, da en påkravsfrist må skærpe kravene til, hvornår det er undskyldeligt, at der ikke er betalt til tiden, og hvordan lejeren bør reagere, når misligholdelsen derved er gjort gældende.[30] Det fremgik også af det oprindelige lovforslag, at denne del af bestemmelsen skulle udgå, men det blev ikke gennemført.[31]

Påkravsfristen var på 3 dage, hvilket 1. juni 2009 blev udvidet til 14 dage ved L 2009 286 med det formål at nedbringe antallet af tvangsudsæt-

29. *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011, s. 263.
30. *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011, s. 261.
31. L 1975 82. *Ehlers* og *Blom*: Kommentar til lejelovene, bind 1, 1976, s. 256.

telser.[32] Formålet med forlængelsen af fristen har således primært været at imødekomme et hensyn til lejere, der ikke har betalingsevne. I forarbejderne nævnes betydningen af LL § 94, stk. 1, ikke i den sammenhæng, men det anførtes bl.a., at

»... Det kan således være helt bagatelagtige forsinkelser, der kan føre til en ophævelse af lejeforholdet for lejere, som ellers overholder fristen for rettidig betaling af lejen« og, at ændringen »... vil modvirke, at sådanne bagatelagtige og hændelige forsinkelser med betalingen resulterer i en ophævelse af lejeaftalen«

Dette indikerer altså, at lovgiver ved udvidelse af fristen har forsøgt at imødekomme nogen af de hensyn, der tillægges betydning ved anvendelsen af LL § 94, stk. 1, hvilket umiddelbart må antages at mindske den praktiske betydning af den supplerende konkrete væsentlighedsbedømmelse efter denne bestemmelse.[33]

Det er dog svært at verificerede dette gennem retspraksis i perioden efter 1. juni 2009. Der synes ikke at være domme, der eksplicit tager stilling til påkravsfristens betydning; men jævnfør dog således hos *Mogens Düur, Timmy Lund Witte og Kristin Jonasson*: Administration af boliglejemål, 2010, s. 933:

»... når en lejer har fået så lang tid til at rette op på en misligholdelsessituation, vil en ophævelse af lejemålet i anledning af en betalingsmisligholdelse ud fra en umiddelbar logisk betragtning lettere blive vurderet som 'væsentlig' i forhold til før 1. juni 2009...«

Uden evidens for, at det i denne sammenhæng har nogen betydning, kan det samtidig konstateres, at antallet af udsættelsessager ved fogedretterne i Danmark i perioden 2010-2014 er faldet fra 20.756 til 16.392, ligesom antallet af sager, der er endt med effektiv udsættelse tilsvarende er faldet i perioden.[34]

4.1.2. Tinglysningslovens § 42 a, stk. 2

En tilsvarende påkravsfrist (på 7 dage) findes i tinglysningslovens[35] (herefter TL) § 42 a, stk. 2, som dermed også indeholder en afvigelse fra det obligationsretlige udgangspunkt.[36] Påkravet er en betingelse for at gøre pantegældens

32. LFF 2008 92.
33. Se også *Bo von Eyben* og *Peter Møgelvang-Hansen*: Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, 7. udg., 2013, s. 127.
34. http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Fogedsager/2015/Udsættelsessager%202010%20-%201.%20halvår%202015.pdf
35. LBKG 2014 1075.
36. *»Betales renter eller afdrag efter et pantebrev i fast ejendom ikke rettidigt, kan kreditor kun forlange kapitalen indfriet, såfremt debitor ikke har betalt renter og*

forfald gældende, men derimod ikke for andre misligholdelsesvirkninger. Der kan således gøres udlæg for den forfaldne ydelse, selv om påkrav ikke er afgivet. Retsreglen – eller konsekvenserne af reglen – kan være tilsvarende store for debitor i henhold til et pantebrev, som for en lejer i betalingsmisligholdelse. Det kan derfor undersøges, om reglens anvendelsesområde er tilsvarende, og om dette kan medvirke til en klarlæggelse af retstilstanden på det lejeretlige område.

Det er ikke udelukket efter TL § 42 a, stk. 2, at der tages hensyn til undskyldelige forhold hos debitor,[37] selvom der ikke er retspraksis, der endeligt bekræfter dette.[38] Der kan umiddelbart være større grundlag for tilsidesættelse af virkningerne af ophævelse efter TL § 42 a, stk. 2, hvor særlige forhold hos kreditor, f.eks. passivitet, kan tillægges betydning ved vurderingen af, om overskridelse af fristen kan føre til, at der foreligger væsentlig misligholdelse, således at indfrielse af gælden kan ske.[39]

Hvis kreditor tidligere fast har accepteret betalinger fra debitor efter udløbet af påkravsfristen, kan kreditor næppe heller pludseligt ændre praksis uden forinden at have præciseret overfor debitor, at forsinkelser fremtidigt ikke ville blive tolereret.[40] Dette vil tilsvarende gælde i relation til LL § 94, stk. 1, – se f.eks. T:BB 2004.392 ØLK, T:BB 2004.544 VLK samt GD 2005.18 ØLK og nedenfor i afsnit 4.3.3.

Det kan i øvrigt konkluderes, at der kun i yderst begrænsede tilfælde vil være grundlag for at statuere, at betaling efter påkravsfristen i tinglysningslovens § 42 a, stk. 2's udløb ikke vil blive betragtet som væsentlig misligholdelse ved kreditors efterfølgende ophævelse. Tilsidesættelse af misligholdelsesvirkningerne efter denne bestemmelse kan således tilsyneladende kun

afdrag senest 7 dage efter, at skriftligt påkrav herom er afsendt eller fremsat«. Indsat ved L 1973 277.

37. *»Ganske særlige undskyldningsgrunde«*, jf. *Bent Iversen* m.fl.: Panteret, 5. udg., 2015, s. 145, *»undskyldende omstændigheder, og debitor hverken manglede evne eller vilje til at betale ydelsen«* med henvisning til retstilstanden før indførelsen af TL § 42 a, jf. *Vagn Carstensen* og *Thomas Rørdam*, Pant, 7. udgave, 2002, s. 135.
38. Dog FM 1988.142 (Frederiksberg fogedrets kendelse af 20.9.1988 (FS 6375/88)). Se endvidere f.eks. U 1982.173 HD, hvor undskyldende grunde dog ikke fandtes at foreligge (fogedretten havde fundet, at misligholdelsen var uvæsentlig), og U 1981.759/2 ØLD, hvor det blev gjort gældende, at misligholdelsen var uvæsentlig. Men landsretten fandt, at kreditor kunne forlange kapitalen indfriet.
39. *W.E. Von Eyben*: Panterettigheder, 8. udg. ved *Henning Skovgaard*, 1987, s. 177 f., *Vagn Carstensen* og *Thomas Rørdam*, Pant, 7. udgave, 2002, s. 135 f., *Bent Iversen* m.fl.: Panteret, 5. udg., 2015, s. 145-46, samt U 1978.897 H, U 1980.438 V, U 1980.764 B og U 1986.571 V.
40. *Vagn Carstensen* og *Thomas Rørdam*, Pant, 7. udgave, 2002, s. 137.

ske i meget mindre omfang, end det er praksis efter LL § 94, stk. 1, selvom konsekvensen af misligholdelsen her kan være lige så indgribende for debitor, som den kan for en lejer, der mister sin bolig. Et supplerende argument kunne dog være, at kreditor på et pantebrev typisk regner med præcis betaling af terminsydelser og derfor disponerer i tillid hertil.[41] Altså et spørgsmål om bl.a. likviditet, som måske ikke på helt tilsvarende vis kan gøres gældende i relation til udeblivelse med husleje fra en lejer.

Praksis efter LL § 94 synes i et omfang også båret af sociale hensyn til lejeren som den »svage« part i lejeforholdet, der ved en ophævelse kan miste sit hjem.[42] Hensyn, som måske ikke vægter så meget i forhold til den debitor, der har søgt finansiering på grundlag af pant, og hvor der reelt er tale om tilbagebetaling af et lån og ikke dispositionsretten over en bolig.[43]

4.2. Restancens størrelse

Det andet betydende moment ved væsentlighedsvurderingen efter LL § 94, stk. 1, er restancens størrelse på ophævelsestidspunktet. I udgangspunktet er enhver restance væsentlig, da der er tale om et brud på den kontraktmæssige betalingsforpligtelse, som lejeren har – og der dermed foreligger en forsinkelse – men også her er praksis ikke entydig, når der ses isoleret på restancens størrelse. Se således f.eks. U 1983.764 VLK (90 kr. uvæsentligt), U 2000.233 VLK (T:BB 2000.124) (110 kr. væsentligt), GD 2003.55 ØLK (manglende betaling af 130 kr. var væsentlig), U 2007.2916 ØLK (T:BB 2007.740) (misligholdelse med betaling af påkravsgebyr på 161,50 kr. var væsentlig), U 2007.2963 VLK (T:BB 2007.758) (for sen betaling af påkravsgebyr på 129 kr. var uvæsentlig), T:BB 2007.80 ØLK (misligholdelse med betaling af påkravsgebyr, der først blev betalt under fogedsagen, var uvæsentlig). I afgørelserne står restancens størrelse mål med de øvrige relevante momenter, der måtte være.

4.3. De andre (afgørende) momenter

Parternes konkrete forhold og særlige omstændigheder indgår i vurderingen af, om en kontraktmæssig misligholdelse er væsentlig.[44] I forhold til LL § 94 som udtrykt f.eks. ved Højesterets præmisser i U 2009.929 HKK:

41. Jf. også *W.E. Von Eyben*: Panterettigheder, 8. udg. ved *Henning Skovgaard*, 1987, s.177. Jf. også *J. Trolle* i U 1967 B 70 med henvisning til litteratur og domme tilbage til 1818.
42. Jf. også *Hans Henrik Edlund og Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udgave, 2015, s. 653.
43. Jf. også *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*: Obligationsret I, 4. udg., 2015, s. 347.
44. *Henry Ussing*: Obligationsretten, Almindelig del, 4. udg., 1961, s. 86.

»... der ikke foreligger særlige undskyldende omstændigheder, som undtagelsesvis kan tages i betragtning, må misligholdelsen anses for væsentlig...«

og i T:BB 2012.542 VLK:

»... Under disse helt særlige omstændigheder...«.

Det betyder, at forsinkelsens omfang og restancens størrelse i de færreste tilfælde kan stå alene som målestok for, om en misligholdelse er væsentlig.

Forklaringen på, at konkrete momenter bliver tillagt en yderligere og dermed ofte afgørende betydning, er måske, at der i et eller andet omfang fortsat af domstolene skeles til evne og vilje betragtninger.[45] Hvis lejeren ikke udviser nogen betalingsvilje, efter misligholdelsen er konstateret (efter påkravsfristens udløb), vil misligholdelsen med stor sandsynlighed blive anset som væsentlig, medmindre lejeren har føje til at tro, at der ikke består en forpligtelse, jf. modsætningsvist U 2014.2260 ØLD, hvor lejeren ikke kunne lægge til grund, at en tidligere ophævelse var blevet tilbagekaldt, selvom udlejer havde sendt et nyt påkrav.

I det følgende belyses en række omstændigheder, der kan føre til, at en misligholdelse vil blive anset som uvæsentlig.

4.3.1. Fejl hos tredjemand

Det kan umiddelbart lægges til grund, der skal være noget at bebrejde lejeren, for at en misligholdelse er væsentlig. Omvendt kan det ikke stilles som en betingelse, at lejeren skal have handlet culpøst.[46] Dette gælder generelt ved fristoverskridelser med betaling af pengeydelser – se f.eks. i relation til et gældsbrev U 2005.2292 VLK, hvor kreditor havde oplyst et forkert kontonummer til debitor.

Det følger også af ordlyden af § 94, stk. 1, »*lægges lejeren til last...*«. Det betyder, at en betalingsmisligholdelse ikke er væsentlig, hvis den ikke skyldes lejerens forhold, men f.eks. udlejer selv eller tredjemand såsom en bank eller andre der ikke kan identificeres direkte med lejeren.[47]

En række kendelser understøtter dette, jf. bl.a. U 1993.32 HKK (kommunen havde givet tilsagn om betaling), U 1993.873 VLK, FM 2000.11 ØLK (for sen betaling imidlertid skyldtes en kommunikationsbrist mellem Socialforvaltningen og Kriminalforsorgen), U 1996.970 VLK, U 2000.1845 VLK

45. *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 55-56.
46. Se også *Peter Mortensen*: Landbrugsforpagtning, 1999, s. 606 f.
47. *Niels Schou* anfører i U 1991 B 362, at det i væsentlighedsbetingelsen i § 94, stk. 1, indgår de lege lata, at misligholdelsen skal kunne bebrejdes lejeren.

(lejerens bank ved en fejl ikke betalt lejen, og forholdet straks berigtiget), T:BB 2000.472 ØLK (fejl i banken) samt U 2011.2400 VLK (T:BB 2011.602). I FM 1993.101 VLK havde lejer gentagne gange betalt for sent, og udlejer havde indskærpet, at lejen skulle betales til tiden. En misligholdelse fandtes derefter væsentlig, selvom den forsinkede betaling konkret skyldtes en fejl i lejerens pengeinstitut.

Se tillige GD 1999.19 ØLK, U 2009.929 HKK (refereret lige ovenfor), GD 2012.77 ØLK og U 2014.2260 ØLD, hvor landretten sammenfatter momenterne i præmisserne, og ikke i det konkrete tilfælde tilsidesætter en ophævelse, da betalingsmisligholdelsen

»... efter varigheden, oplysningerne om restancebeløbets størrelse og karakter samt baggrunden for L's manglende betaling ikke kan anses for at være af uvæsentlig betydning...«.

I de konkrete situationer var der altså ikke noget at bebrejde andre (end lejeren selv). Det har i denne sammenhæng som ovenfor anført også betydning, hvordan lejeren reagerer på fejlen[48] – og derved bliver vurderingen af forsinkelsens længde også af betydning. Se hertil f.eks. GD 1998.50 ØLK hvor lejeren var forpligtet til at betale en lejeforhøjelse, selvom lejeren havde indbragt sagen for boligretten. Selve forsinkelsen fandtes dog uvæsentlig.

Afgørelsen refereret i T:BB 2004.32 ØLK stritter i denne sammenhæng lidt ud fra mængden, da landsretten i præmisserne eksplicit angiver, at der ved væsentlighedsvurderingen, udover forsinkelsens længde, restancens størrelse og det tredje moment – her en fejl fra banken – også var lagt vægt på, at lejeforholdet havde eksisteret i 24 år. Afgørelsen blev i T:BB ledsaget af en kritisk redaktionel note, der blandt andet angav, at »... *Efter hidtidig praksis forekommer de tre momenter umiddelbart tilstrækkelige*«. I f.eks. FM 2009.208 ØLK lagde landsretten dog også vægt på, at lejeren havde boet i lejemålet i 18 år, og lejerens personlige forhold og tilknytning til lejemålet kan generelt ikke underkendes som et moment, der vil kunne tillægges selvstændig betydning.

4.3.2. Lejerens personlige forhold

Nogle af de momenter, der ikke tydeligt eller direkte tillægges nogen betydning i domstolenes vurdering, er den generelle beskyttelse af lejeren som individ, herunder lejerens ret til at kunne opretholde et hjem for sin familie, jf. også EMRK artikel 8. Den beskyttelse/vurdering er henlagt til den sociale

48. Se også *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011, s. 263.

lovgivning, som giver den nu tidligere lejer nogle rettigheder, efter at en ophævelse er fundet gyldig.

Det kan alligevel ikke helt afvises, at det også i nogle tilfælde kan tillægges betydning for domstolenes vurdering af de »andre momenter«, hvorledes lejerens sociale situation er, selvom det f.eks. ikke alene kan forklare forskellen på væsentlighedsvurderingen ved misligholdelse af en betalingsforpligtelse omfattet af TL § 42a, stk. 2. Se f.eks. U 1963.400 VLK, U 1990.844 VLK hvor en misligholdelse fandtes uvæsentlig, bl.a. fordi lejeren var »mentalt afvigende«, i U 2003.2619 VLK (T:BB 2004.19) havde lejer været psykisk syg og i lange perioder lidt af depressioner, U 2006.1864 HKK (T:BB 2006.519), i T:BB 2008.593 ØLK hvor lejeren var under værgemål og gennem 22 år ikke havde været i restance med lejen, samt T:BB 2012.542 VLK hvor der verserede en sag om lavværgemål i misligholdelsesperioden, og lejeren var ikke i stand til at varetage sine interesser. I modsat retning f.eks. T:BB 2003.492 VLK og FM 1999.101 ØLK.

Lejerens hidtidige betalingsmønster kan også spille en rolle, og dette moment kan føre til, at misligholdelsen anses for væsentlig – f.eks. hvis lejeren ofte tidligere har betalt for sent, jf. FM 1993.101 VLK og T:BB 2002.409 ØLK. I den sammenhæng spiller tidligere henstand også ind, jf. straks nedenfor.[49]

Modsat tillægges det også i nogle tilfælde betydning, hvis lejeren ikke tidligere har været i misligholdelse, jf. f.eks. T:BB 2008.593 ØLK og FM 2009.258 ØLK (begge afgørelser nævnt ovenfor); men igen kan momentet ikke stå alene. I enkelte afgørelser er det tillagt betydning, at der ville være sikkerhed for, at fremtidige betalinger ville være rettidige, jf. f.eks. FM 2002.107/3 ØLK.

4.3.3. Tidligere henstand og passivitet

Herudover synes der at være en yderligere kategori, hvor forsinkelsens længde og restancens størrelse – og altså lejerens forhold og ageren efter ophævelsestidspunktet – ikke tillægges afgørende betydning for misligholdelsens væsentlighed.

Såfremt udlejer tidligere har givet henstand uden at skride til ophævelse, vil dette som udgangspunkt blive tillagt afgørende betydning for væsentligheden, når udlejeren så på et tidspunkt vælger at gennemføre en ophævelse, jf. f.eks. FM 2000.79 ØLK, T:BB 2004.392 ØLK, T:BB 2004.544 VLK og GD

49. Se også *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 81.

2005.18 ØLK.[50] Dog må udgangspunktet være, at det ikke skal lægges udlejer til last, at denne tidligere har udvist en hensyntagen overfor lejeren, jf. f.eks. GD 1999.43 VLK og GD 2001.45 ØLK; men dog også T:BB 2012.542 VLK hvor det blev tillagt betydning, at udlejer hidtil havde affundet sig med en ordning, hvor lejeren betalte lejen i løbet af måneden.[51] Foreligger der en aftale om henstand, vil udlejer ikke kunne hæve, før denne aftale er misligholdt af lejeren eller på anden måde bragt til ophør, jf. f.eks. T:BB 2010.225 ØLK.

Ligeledes kan andre passivitetsbetragtninger føre til, at udlejeren ikke kan gennemføre en ophævelse af et lejemål, og også her vil forholdene efter ophævelsestidspunktet ikke blive tillagt nogen afgørende betydning. Det afgørende for en vurdering af, om der kan foreligge passivitet fra udlejes side, er, hvor lang tid der går fra udlejer får kendskab til, at lejen ikke er betalt, til udlejer gør indsigelsen gældende overfor lejer i form af fremsendelsen af et påkrav – og en efterfølgende ophævelse. Udlejers krav skal følges op af handling.[52] Se f.eks. U 2008.1085 VLK (T:BB 2008.227) hvor udlejer i en periode på knap 1 ½ år havde undladt at inddrive lejen. Udlejer havde »... *udvist en sådan passivitet*« (landsrettens præmis), at udlejer ikke på dette tidspunkt var berettiget til at ophæve lejemålet på baggrund af et påkrav om betaling af hele den oparbejdede lejerestance.

Disse forhold kan sammenfattende også forklares ud fra et almindeligt obligationsretligt udgangspunkt om, at en part ikke kan hæve, hvis parten har givet sin medkontrahent føje til at tro, at misligholdelsen var uvæsentlig for ham.[53]

4.3.4. Modregning

Modregningsadgangen bygger på almindelige formueretlige principper og er ikke anderledes i lejeforhold. Såfremt lejeren er berettiget til at modregne, vil ophævelsen ikke kunne gøres gældende, da der herefter ikke består nogen misligholdelse, jf. f.eks. U 2014.3237 VLK (T:BB 2014.941) og U 2005.668 HKK (T:BB 2005.207).[54]

50. *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 97 f. med henvisning til en række utrykte landsretsafgørelser.
51. *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg., 2015, s. 662-663.
52. Se *Camilla Hørby Jensen*: Retsfortabende passivitet, 2007, s. 241 med henvisning til bl.a. U 1978.897 H. *Jens Ravnkilde*: Passivitet, 2. udg., 2013, s. 189.
53. *Henry Ussing*: Obligationsretten, Almindelig del, 4. udg., 1961, s. 86, *Jens Ravnkilde*: Passivitet, 2. udg., 2013, s. 147 f., *Bo von Eyben, Peter Mortensen, Ivan Sørensen*: Lærebog i Obligationsret II, 4. udg., 2014. s. 186.
54. Jf. *Lars Henrik Gam Madsen*: Modregning med uklare krav, 2009, s. 154 f., *Ole Bruun Nielsen* i Juristen 1990, s. 255, *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg.,

Modregning er derfor kun relevant i relation til væsentlighedsvurderingen, hvor lejeren ikke har været berettiget til modregning. Det relevante tidspunkt for vurderingen af dette er ophævelsestidspunktet.[55] Hvis ikke lejeren var berettiget til modregning på dette tidspunkt, vil der ikke være grundlag for at tilsidesætte en ophævelse ud fra væsentlighedskriteriet, medmindre der også foreligger (andre) særlige omstændigheder, se f.eks. U 1970.599 HD, GD 2001.17 ØLK, hvor lejeren troede, han kunne modregne skyldig leje i det indbetalte depositum; men dog også U 1948.134 HD, hvor Højesteret fastslog, at lejeren ikke var berettiget til at modregne; men at det udviste forhold dog var af så uvæsentlig betydning, at udlejers ophævelse ikke var berettiget.[56]

5. Sammenfatning og konklusioner

Juridiske begreber som »væsentlig« og »uvæsentlig« er i vidt omfang ikke operative set fra retsanvenderens synspunkt.

Den »almindelige« obligationsret kan et langt stykke ad vejen anvendes som forklaringsmodel for, hvor meget (eller hvor lidt) der skal til, for at en betalingsmisligholdelse i lejeforhold vil blive anset for at være uvæsentlig, således at den ikke kan danne grundlag for en ophævelse af lejeforholdet med de konsekvenser, der deraf følger for lejeren.

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at afgørelsen af om en misligholdelse er væsentlig (og dermed hævebegrundende), skal ske på grundlag af en helhedsvurdering, der ikke alene »måles« på grundlag af den tidsmæssige og størrelsesmæssige afvigelse fra det, der ville være korrekt opfyldelse.[57] Det vanskeligste problem ved forsøget på at klarlægge retstilstanden er netop, at der er tale om en helhedsvurdering, der efterlader domstolene med en meget stor margen til at inddrage konkrete omstændigheder og tillægge dem betydning i den enkelte afgørelse, også selvom bevisførelsen i hvert fald for landsret og Højesteret er begrænset til at finde sted på skriftligt grundlag, hvorfor parternes fremtræden (og en procedure i retssalen) ikke har nogen indflydelse på resultatet. Der er dog ingen evidens for, at disse momenter har nogen afgørende betydning i fogedretten.

2003, s. 83 f., samt *Mogens Düur, Timmy Lund Witte* og *Kristin Jonasson*: Administration af boliglejemål, 2010, s. 939 f., *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejeret, 2008, s. 664 f. samt *Halfdan Krag Jespersen* i T:BB 2001.126 ff.

55. *P. Spleth* i U 1970 B 232, *Halfdan Krag Jespersen* i T:BB 2001.126 ff.
56. Se også *Lars Henrik Gam Madsen*: Modregning med uklare krav, 2009, s. 249.
57. *B. Gomard*: Obligationsret, 2. del, 4. udg. ved *Torsten Iversen*, 2011, s. 125, *Mads Bryde Andersen* og *Joseph Lookofsky*: Obligationsret I, 4. udg., 2015, s. 219 f.

Betragtninger om betalingsvilje og -evne blev tidligere tillagt afgørende betydning ved væsentlighedsvurderingen grundet bestemmelsens (LL § 94) tidligere udformning (jf. ovenfor i afsnit 3 og 4.1.1). I hvert fald manglende betalingsvilje fører stadig til, at en misligholdelse bliver anset som væsentlig, uagtet andre momenter i den konkrete sag måske kunne føre til det modsatte resultat, jf. således f.eks. GD 2002.55 ØLK hvor lejer betalte 39 minutter efter, at ophævelsen var kommet frem; men hvor lejer i et par år konsekvent havde betalt lejen for sent. Misligholdelsen var væsentlig. Tilsvarende GD 2000.46 ØLK hvor lejer bevidst undlod at betale påkravsgebyret, GD 2006.12 ØLK, hvor lejer ikke betalte, alene fordi lejer ikke havde flere girokort og GD 2008.68 VLK hvor lejer ikke ville betale, fordi udlejer ikke ville udforme en kvittering med den ordlyd, som lejeren ønskede.

I den sammenhæng er det, som anført ovenfor (i afsnit 4.1.1), ikke dokumenterbart, at det forhold, at påkravsfristen er blevet forlænget fra 3 til 14 dage direkte har ført til en skærpet praksis, selvom det kunne have formodningen for sig, at det burde være sådan.

I retsteorien har man forsøgt at opstille retningslinjer for, hvornår bestemmelsen kan medføre, at en ophævelse tilsidesættes, og det er beskrevet, hvorledes væsentlighedsvurderingen skal foretages med udgangspunkt i en vurdering af forsinkelsens længde og restancens størrelse, jf. f.eks. *Ole Bruun Nielsens* konklusion i 1990, på baggrund af retspraksis om anvendelsen af LL § 94, stk. 1, ved betalingsmisligholdelse:

»Hovedområdet for LL § 94, stk. 1, er således de tilfælde, hvor der er tale om en uvæsentlig forsinkelse med et uvæsentligt beløb«,

selvom dette ikke i sig selv er en anvendelig målestok, da det ikke omformulerer eller beskriver, hvad der ligger i væsentligheden.[58]

Finn Haargaard skrev tilsvarende og ud fra samme udgangspunkt i 2003, at

»hvis såvel beløbets størrelse som fristoverskridelsens længde er væsentlig, er misligholdelsen også væsentlig...«.[59]

Disse udsagn er for så vidt korrekte; men det hjælper ikke umiddelbart til at afkode retstilstanden, når der indlægges yderligere en (eller to) væsentlighedsvurderinger i den samlede vurdering af, om ophævelse kan ske, ligesom analyserne ovenfor viser, at der i mange situationer skal tages højde for an-

58. *Ole Bruun Nielsen* i Juristen 1990, s. 307.
59. *Finn Haargaard*: Lejefogedsager, 2. udg., 2003, s. 80.

dre forhold også, da der er tale om en helhedsvurdering. Hvornår beløbets størrelse – eller fristoverskridelsens længde – er væsentlig, kan nemlig ikke umiddelbart fastsættes i kroner, procent eller dage. Desuden kan faktorerne ikke vurderes hver for sig, men skal vurderes i sammenhæng,[60] hvilket f.eks. vil sige, at der samlet set kan foreligge væsentlighed, selvom fristoverskridelsen er uvæsentlig – såfremt beløbets størrelse (restancen) er væsentlig, og der er andre forhold, der kan (skal) tillægges betydning.

Da det obligationsretlige udgangspunkt er, at der skal foretages en helhedsvurdering, vil en bedømmelse af restancens størrelse og fristoverskridelsens længde dog ikke kunne stå alene, og der vil skulle inddrages eventuelle andre momenter i vurderingen, jf. også ovenfor (særligt afsnit 4.3).

Fokuseringen på forsinkelsens længde og restancebeløbet alene har derfor måske været for stor, selvom enkelte afgørelser alene lægger vægt på de to kriterier, jf. således f.eks. landsrettens præmisser (i modsætning til fogedrettens) i U 2004.2801 VLK (T:BB 2004.539).

Tilbage står så det faktum, at det ikke er muligt at konkludere noget entydigt om retspraksis og dermed om retstilstanden. Obligationsretten giver alene nogle vejledninger i, hvordan momenterne i den konkrete sag skal afvejes. Sammenfattende kan der derfor på denne baggrund ikke konkluderes mere, end at LL § 94, stk. 1, er et udtryk for en »almindelig« obligationsretlig regel, der anvendes som grundlag for afbødning af konsekvenserne af ophævelse af en kontrakt i tilfælde, hvor den misligholdende part ikke har handlet retsstridigt i et omfang, der tilsiger, at kontrakten ikke længere bør bestå. Der sker en afvejning af udlejerens og lejerens forhold i relation til, hvad retsfølgen (ophævelsen) konkret vil have af konsekvenser for parterne.[61] I den sammenhæng vægter udlejerens ejendomsret og ret til at disponere naturligvis i betydeligt omfang; mens modvægten ligger i hensynet til, om lejeren faktisk kan bebrejdes noget, og/eller hvad grundlaget for misligholdelsen i øvrigt er. Afvejningen er naturligvis mest problematisk, hvor der ikke er noget at bebrejde nogen af parterne.

Praksis synes ikke at tillægge forhold som lejerens mulighed for at finde en anden bolig eller en familiær tilknytning til boligen nogen direkte betydning (der kommer til udtryk i domstolenes præmisser i hvert fald). Forklaringen herpå er formentlig, at lejeren i medfør af den sociale lovgivning – forudsætningsvist – kan søge hjælp, og dermed ikke bliver sat på gaden i bogstavelig forstand.

60. *Hans Henrik Edlund* og *Niels Grubbe*: Boliglejemål, 2. udg., 2015, s. 654.
61. Jf. også *Anne Louise Husen* og *Tove Flygare*: Lejemålets ophør og brugsrettens overgang, 2. udg., 2011, s. 262.

Dealsites

– formidler eller anden mellemmand i lyset af kontrakters relativitet?

Af Kim Østergaard

1. Indledning

De såkaldte *dealsites* har gennem de senere år vundet større og større udbredelse i Danmark.[1] Et dealsite kan i korthed beskrives som en elektronisk platform rettet mod konsumentmarkedet, hvor forbrugere har mulighed for at købe varer og/eller tjenesteydelser i bredeste forstand. Dealsitet indgår som en mellemmand mellem forbrugeren og den bagvedliggende leverandør af varen og/eller tjenesteydelsen i den vertikale afsætningskæde. Den retlige kvalifikation af dealsitet som mellemmand i afsætningskæden har betydning for, hvem forbrugeren har mulighed for at rette krav mod i al almindelighed, men i særdeleshed hvis der foreligger kontraktbrud.

Princippet om kontrakters relativitet indebærer, at en aftale som udgangspunkt udelukkende har retsvirkning for dens parter.[2] I forholdet mellem en erhvervsdrivende og en forbruger indebærer det i praksis, at i et forbrugerkøb, jf. KBL[3] § 4 a, ved køb af eksempelvis en fladskærm hos en fysisk forhandler, må forbrugeren, i tilfælde af at der foreligger en mangel ved den købte fladskærm, rette sit krav mod forhandleren og ikke den bagvedliggende producent af fladskærmen eller evt. underleverandører af komponenter til den førnævnte producent. For de fleste forbrugere er der antagelig en formodning for, at dette er det retlige udgangspunkt ved *traditionelle* køb af forbrugsgoder.

Imidlertid indebærer muligheden for elektronisk handel, at det kan være vanskeligere at kvalificere, hvilken retlig status den erhvervsdrivende har i forhold til forbrugeren. Der foreligger således mulighed for, at forbrugeren kontraherer direkte med producenten af varen og/eller tjenesteydelsen, hvor

1. Se eksempelvis sweetdeal.dk, spotdeal.dk, bownty.dk, dealfighter.dk og dealsales.dk.
2. Jf. Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret I*, 4. udg., 2015, side 434, Karnov Group og Vibe Ulfbeck, *Kontrakters relativitet – Det direkte ansvar i formueretten*, 1. udg., 2000, s 67, Thomson GADJURA.
3. Jf. Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17. februar 2014.

der således ikke opstår nogen mellemmandsretlige problemstillinger. I de tilfælde, hvor producenten anvender en mellemmand, bliver det derfor centralt indledningsvis at tage stilling til, hvorvidt den givne mellemmand er pligtsubjekt over for forbrugeren, idet det forudsætningsvis må afgøres, hvilken mellemmandsform, der foreligger i den givne situation. Lynge Andersen & Madsen opdeler mellemmændene i følgende hovedgrupper: fuldmægtige, kommissionærer, handelsagenter, handelsrejsende, mæglere, formidlere og bude, hvor de første mellemmandstyper er vigtigere for aftaledannelsen end den transportfunktion, som buddet udfører.[4] I en virksomheds afsætningskæde vil valget af mellemmand ofte stå mellem anvendelsen af en handelsagent eller en forhandler. I dette perspektiv omfattes ligeledes forhandler som en del af mellemmandsretten, selvom denne optræder i eget navn og for egen regning.[5] I den elektroniske handel, hvor der indgås indirekte forbrugeraftaler, vil den retlige kvalifikation ved fastlæggelse af mellemmandsform ofte indebære, at der enten foreligger en formidler eller en forhandler.

Den elektroniske handel har også medført, at varer og/eller tjenesteydelser sælges via elektroniske auktionshuse[6], hvor de elektroniske auktionshuse indgår en kommissionsaftale med sælger. I de situationer, hvor en fysisk person køber en vare eller en tjenesteydelse gennem et af de elektroniske auktionshuse, og hvor formuegodet skal anvendes i privatsfæren, foreligger der en forbrugeraftale, der er omfattet af forbrugeraftaleloven[7] som følge af, at de elektroniske auktionshuse ved at handle i eget navn over for forbrugeren blive aftalepart og dermed bliver pligtsubjekt over for forbrugeren til at foretage rigtig opfyldelse af den indgåede aftale, jf. FAFTL § 3, stk. 3. Forbrugeren kan således ikke rette noget krav mod kommittenten, da der ikke foreligger noget aftaleforhold med denne, jf. KMSL § 56, stk. 1.[8] Bestemmelsen er deklaratorisk, jf. KMSL § 1.[9] Hvor der foreligger køb af en vare, vil købet endvidere være omfattet af købeloven, jf. KBL § 4 a, stk. 2, og anses for et forbrugerkøb, mens der for køb af en tjenesteydelse ikke vil være mulighed for at anvende købeloven, jf. U 2010.332 Ø. Her skal løsningen i forhold til

4. Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmænd*, 6. udg., 2012, s. 263, Karnov Group.
5. Jf. Ole Lando, Elisabeth Thuesen, Christina D. Tvarnø og Kim Østergaard, *Udenrigshandelens kontrakter*, 5. udg., 2006, s. 261, DJØF Forlag.
6. Se eksempelvis www.lauritz.com og www.bruun-rasmussen.dk.
7. Jf. Lov nr. 1457 af 17. december 2013.
8. Jf. Lovbekendtgørelse nr. 332, 31. marts 2014.
9. Det kan undre, at Lauritz.com i sine salgsvilkår har valgt følgende formulering: *Da vi alene er mellemmand (kommissionær og/eller formidler, er det i sidste ende dig, der skal honorere erstatnings- og køberetlige krav af enhver art).*

misligholdelse, pris, levering og risikoens overgang i givet fald udfindes via de almindelige obligationsretlige grundsætninger og specialitetshensyn henset til tjenesteydelsens særlige karakteristika.

Endvidere har den elektroniske handel også indebåret, hvad der kan betegnes som elektroniske pris- og informationsagenter,[10] som bl.a. indebærer mulighed for at nedbringe en given efterspørgers søgeomkostninger, men også en mulighed for at skabe større markedstransparens. De elektroniske pris- og informationsagenter kan næppe på nuværende tidspunkt karakteriseres som en del af mellemmandsretten, idet disse pris- og informationsagenter handler uafhængigt af de virksomheder/produkter, der videregives priser og vurderinger om. Der foreligger derfor ikke i udgangspunktet nogen aftale mellem pris- og informationsagenterne på den ene side og de virksomheder, hvis vilkår og/eller ydelser bliver sammenlignet på pris- og informationsagenternes hjemmesider.

Det er karakteristisk for formidleren, at denne i udgangspunktet fungerer som det kommercielle bindeled mellem leverandøren og forbrugeren med varierende involveringsgrad, men hvor det teoretiske udgangspunkt er, at formidleren i overensstemmelse med princippet om kontrakters relativitet ikke er pligtsubjekt over for forbrugeren og dermed er berettiget til at videre-henvise til leverandøren, hvis forbrugeren er af den opfattelse, at der foreligger kontraktbrud og i den anledning retter henvendelse til formidleren. Den elektroniske handel kan imidlertid give anledning til, at den gennemsnitlige forbruger kan have sværere ved at overskue med hvem og på hvilket retligt grundlag, der kontraheres på grund af manglende transparens.[11] Der kan heller ikke ses bort fra, at brugen af elektroniske kommunikationsmidler og den dermed forbundne hurtighed indebærer en fra forbrugeren mindre opmærksomhed på at læse kontraktvilkårene forud for indgåelsen af den elektroniske aftale, selv om der ofte i den elektroniske handel anvendes click-wrap aftaler. Til trods for at bestemmelserne i e-handelslovens[12] §§ 7-12 har til formål at skabe en højere grad af transparens i forbindelse med aftalens indgåelse, herunder det aftaleretlige krav om fremsendelse af en elektronisk ordrebekræftelse, jf. EHL 12, stk. 1, der er præceptiv i forbrugeraftaler, jf. EHL § 13, stk. 2, er der antageligt forbrugere, der ikke har den fulde indsigt i, med hvem

10. Se eksempelvis www.trustpilot.dk og www.mybanker.dk.
11. Om begrebet den gennemsnitlige forbruger, se Rasmus Dalgaard Laustsen, *An Economic Analysis of EU Trademark Law; the Role of the Average Consumer in Trademark Infringement Between Two Confusingly Similar Trademarks* i *Rets- & Kontraktøkonomi – En Antologi*, redigeret af Kim Østergaard, Jacob Lyngsie og Bent Ole Gram Mortensen, 2015, DJØF Forlag.
12. Jf. Lov nr. 227 af 22. april 2002.

der er kontraheret og på hvilke vilkår. Det skal endvidere bemærkes, at der set fra et forbrugersynspunkt også er en højere grad af regelfragmentering ved elektronisk handel og kompleksitet sammenholdt med traditionel handel.

Der må forudsætningsvis mellem leverandøren og formidler foreligge et fuldmagtsforhold til på nærmere angivne vilkår at handle på vegne af leverandøren. Fuldmagtsforholdets indhold kan med fordel tage udgangspunkt i den retlige konstruktion, der bl.a. kendes fra handelsagentloven.[13] En formidler kan således have fuldmagt til på vegne af leverandøren at sælge en vare og/eller tjenesteydelse til en forbruger og dermed både have en formidlingsfunktion og adgang til at afslutte salget med forbrugeren, svarende til princippet i HAL § 2 in fine. Hvor formidleren udelukkende udbyder varen og/eller tjenesteydelsen til salg, må det forstås på den måde, at formidleren i lighed med udgangspunktet i handelsagentloven skal formidle muligheden for at købe varen og/eller tjenesteydelsen mellem leverandøren og forbrugeren svarende til, hvad der er udgangspunktet for en handelsagent, jf. HAL § 2 sammenholdt med HAL § 16, stk. 1.[14] Formidleren har i den situation således ikke fuldmagt til på vegne af leverandøren at indgå aftale med forbrugeren, men har udelukkende den funktion at agere som det kommercielle forbindelsesled via internettet til at etablere kontakt mellem leverandøren og forbrugeren.

I det omfang den retlige kvalifikation indebærer, at dealsitet må karakteriseres som en formidler, har forbrugeren, som nævnt, udelukkende i overensstemmelse med kontrakters relativitet mulighed for at rette et krav mod leverandøren. For det tilfælde, at dealsitet kan karakteriseres som en forhandler eller kommissionær, kan forbrugeren rette et krav mod dealsitet. Udgangspunktet for den retlige kvalifikation er en fortolkning af kontraktgrundlaget.

2. Afgørelser fra Forbrugerklagenævnet

Der foreligger endnu ikke nogen trykt retspraksis fra de ordinære domstole vedrørende dealsites, men Forbrugerklagenævnet har i foreløbig to sager skullet tage stilling til, hvorvidt et dealsite kunne karakteriseres som formidler eller ej.[15] Forinden en nærmere omtale af de to sager skal en ikke trykt rets-

13. Jf. Lov nr. 272 af 2. maj 1990 om handelsagenter og handelsrejsende.
14. Jf. Jørgen Lykkegård, *Handelsagentloven med kommentarer*, 2. udg., 2014, s. 115, DJØF Forlag og Ole Lando, Elisabeth Thuesen, Christina D. Tvarnø og Kim Østergaard, *Udenrigshandelens kontrakter*, 5. udg., 2006, s. 222, DJØF Forlag.
15. Sagerne kan ses på: http://www.forbrug.dk/Menu/Afgoerelser. Se ligeledes sag nr. 2004-4011/7-106, hvor mellemmanden blev anset som sælger og dermed de facto forhandler og pligtsubjekt over for forbrugeren.

sag fra Roskilde byret, der omfattede køb af flybilletter via en hjemmeside, omtales, idet sagen principielt drejer sig om de tilsvarende retlige problemer som ved anvendelsen af dealsites.

Roskilde byret afsagde i 2014 dom i en sag, BS 2A-1449/2012, hvor sagsøger via hjemmesiden www.goleif.dk havde købt returflybilletter til denne og vedkommendes mor fra København til Nice. Udrejsen skete med SAS, mens hjemrejsen skulle ske med Cimber Sterling, der imidlertid gik konkurs under opholdet i Frankrig.

Retten slår indledningsvis fast, at der mellem parterne er vedtaget et gyldigt formidlerforbehold, som i rejsebranchen betegnes som et agentforbehold. Det følger videre af dommen:

»Vilkåret, der medfører, at rejseformidleren ikke bliver kundens direkte kontraktpart, er byrdefuldt, og vedtagelse heraf må kræve, at forbrugeren gøres særligt opmærksom herpå og udtrykkeligt har erklæret sig indforstået hermed. Efter bevisførelsen lægger retten til grund, at sagsøgte gør opmærksom på vilkåret i footeren nederst på hver enkelt side på såvel hjemmesiden som i bookingflowet, og at vilkåret også optræder centralt på hjemmesiden umiddelbart inden og efter at rejsen betales. Vilkåret er endvidere medtaget som det første afsnit i sagsøgtes rejsebetingelser, som en kunde aktivt og positivt skal bekræfte at have læst og accepteret inden bestillingen af en rejse kan gennemføres. Endelig fremgår det, at en kunde ved booking af en rejse aktivt skal tage stilling til en række tillægsprodukter, herunder rejseforsikring og forsikring i anledning af flyselskabets konkurs.«

Retten finder herefter, at formidlerforbeholdet har været særligt fremhævet under bookingforløbet på en tilstrækkelig og klar måde, herunder i forbindelse med betaling af rejsen, hvorfor formidleren i overensstemmelse med princippet om kontrakters relativitet ikke anses for pligtsubjekt. Sagsøgte frifindes således.

Forbrugerombudsmanden har efterfølgende som mandatar for forbrugeren anket sagen til Østre Landsret, som i dom af 18. november 2015 er kommet frem til det modstående resultat af Roskilde byret. Dommen er endnu utrykt. Af præmisserne følger det bl.a.:

»Selvom det efter det for landsretten oplyste må lægges til grund, at rejsebureauer ved salg af tilsvarende flyrejser som altovervejende hovedregel ikke handler i eget navn, men alene optræder som formidler for flyselskaberne, kan dette forhold ikke anses for almindeligt kendt hos forbrugerne. På denne baggrund og det generelle indtryk af hjemmesiden Goleif.dk finder Landsretten, at A som udgangspunkt måtte kunne gå ud fra, at han handlede med den erhvervsvirksomhed, der drev den pågældende hjemmeside, dvs. Den Danske Rejsegruppe. Dette gælder, uanset at det på hjemmesiden var muligt at vælge mellem flyrejser fra forskellige flyselskaber«.

Landsretten anvender med den valgte formulering at foretage en identifikation af, hvad der sædvanligvis må anses for almindelig kendt af forbrugeren, også selvom landsretten indledningsvis i præmisserne tiltræder, at der er taget et gyldigt formidlerforbehold. Dermed bliver formidleren pligtsubjekt over for forbrugeren, idet der synes at være taget udgangspunkt i, hvad en form for sædvanlig forbruger har kendskab til. Retsvirkningen heraf bliver, at den udførende transportør i form af flyselskabet ikke er pligtsubjekt over for forbrugeren. Det følger videre af den anden centrale præmis i dommen, at:

»Det fremgik ikke udtrykkeligt af hjemmesiden GoLeif.dk, at kunderne ikke handlede med GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe, men i stedet med det flyselskab, som skulle levere rejsen. I bookingflowet på hjemmesiden samt i rejsebetingelserne under overskriften *Ansvar for rejsens gennemførelse* fremgik, at GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe optrådte som *formidler*, og at GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe ikke solgte rejser i....eget navn. Det kan ikke alene antages, at den almindelige forbruger alene på baggrund af disse oplysninger kunne udlede, hvilken betydning dette havde for den pågældendes retsstilling i forhold til GoLeif.dk/Den Danske Rejsegruppe. Dertil kommer, at det i hvert fald i rejsebetingelserne fremgik, at GoLeif.dk/Den Danske Rejsegrupper var *teknisk arrangør*, uden at dette begreb blev nærmere beskrevet, og at der i både bookingflow og rejsebetingelser blev beskrevet en mulighed for tilkøb af *konkursdækning rejsebureau*«.

Præmissen omhandler først og fremmest et meget skærpet tydelighedskrav til de kontraktbetingelser, der uden videre betragtes som byrdefulde i en forbrugeraftale, skal være formuleret for at have retsvirkning efter sit indhold. Uagtet, at det giver mening at sikre forbrugeren en minimums retsposition, kan der i denne sammenhæng for det første sættes spørgsmålstegn ved, som det skete in casu, at forbrugeren ikke læste kontraktbetingelserne forud for aftalens indgåelse og for det andet, hvornår kan en formidler anses for at have opfyldt tydelighedskravet? Udgangspunktet i dansk ret er jo i øvrigt, at ukendskab til lovgivningen ikke diskulperer.

I lighed med de nedenfor omtalte sager afgjort af Forbrugerklagenævnet modtager formidleren betalingen fra forbrugeren. Formidleren er i øvrigt ikke involveret i opfyldelsen af rejsen. Retten opstiller hermed nogle betingelser for, at formidleren ikke kan anses som aftalepart og dermed pligtsubjekt. Der skal mellem parterne været indgået aftale om formidlerforbeholdet, og dette forbehold skal der endvidere være gjort klart og udtrykkeligt opmærksom på under aftaleindgåelsen, idet retten anser det for et byrdefuldt vilkår, at formidleren ikke bliver forbrugerens aftalepart.

Det synes umiddelbart vidtgående, at den retlige konstruktion med anvendelsen af en formidler skulle bevirke, at aftalen fra et forbrugersynspunkt skulle være mere byrdefuldt. Dette må forudsætte, at forbrugerens retsposition

er ringere sammenholdt med den situation, hvor formidleren er pligtsubjekt. Hvis forbrugeren er i stand til at identificere, hvem der er eller skulle have været opfyldende part, hvilket i forhold til en flyrejse indebærer minimale søgeomkostninger in casu, og dermed pligtsubjekt, og fortolkningen af aftalegrundlaget og en udfyldning/aftalesupplering med formidleren ikke giver en ringere retsposition, end hvis der var kontraheret direkte med den opfyldende part, er der vel de facto ikke tale om et byrdefuldt vilkår. Ydermere kan kombinationen af formidlere og pris- og informationsagenter i den elektroniske handel medvirke til en mere intens konkurrencesituation, herunder billigere priser på flybilletter, hvilket netop markedet for flybilletter synes at være karakteriseret ved gennem de senere år.

I forhold til vedtagelsen af formidlerforbeholdet skal forbrugeren været gjort særligt opmærksom herpå og udtrykkeligt have accepteret dette. At retten anerkender dette er helt i overensstemmelse med fortolkningsprincippet om, at usædvanlige bestemmelser kræver særlig klarhed for at have retsvirkning mellem parterne.[16] Fra et forbrugersynspunkt kan det kognitivt være svært at forstå, hvad implikationerne er af, at der i kontraktgrundlaget er anført, at:

»Den Danske Rejsegruppe/goleif.dk er formidler på vegne af flyselskaber. Vi sælger ikke rejser i vores eget navn.«

For de fleste forbrugere må der være en formodning for, at denne kan have svært ved at forstå, hvad der ligger i den retlige konstruktion *en formidler* og *i eget navn*. Imidlertid er det nok sværere formidlingsmæssigt at gøre det klarere, uden det sker på bekostning af den juridiske præcision.

2.1. Den mangelfulde cykel

I sag nr. FRE-12/14146 havde en forbruger via et dealsite købt en cykel, hvor der efterfølgende viste sig at være mangler ved cyklen. I køberetlig henseende får forbrugeren medhold i, at den leverede cykel er mangelfuld efter KBL § 76, stk. 1, nr. 4. Idet cyklen er forsøgt repareret tre gange, og manglen ikke er udbedret inden rimelig tid, er forbrugeren berettiget til at hæve købet og kræve den fulde købesum tilbage, jf. KBL § 78, stk. 4 sammenholdt med KBL § 79. I forhold til, hvem der i den henseende er pligtsubjekt over for forbrugeren, er der imidlertid dissens blandt nævnets medlemmer.

Af afgørelsen fra Forbrugerklagenævnet fremgår det, at forbrugeren i forbindelse med aftalens indgåelse, der har været forelagt nævnet, via en click-

16. Jf. Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen & Anders Ørgaard, *Almindelig kontraktsret*, 5. udg., 2015, s. 240, DJØF Forlag.

wrap aftale har accepteret dealsitet ved at klikke svarboksen af på dealsitets hjemmeside. Af de generelle handelsbetingelser fremgår det, at:

»På....kan du som kunde købe værdibeviser til varer og tjenesteydelser fra vores mange samarbejdspartnere.. Det er samarbejdspartneren, og ikke ..., der leverer de varer eller tjenesteydelser, som et værdibevis giver adgang til. ..er således at regne for et annoncemedie, der alene formidler kontakt mellem forbruger og leverandører... Ved køb af et værdibevis via...accepterer du disse generelle betingelser.«[17]

Nævnet tiltræder i enighed, at der mellem parterne er vedtaget et formidlerforbehold. Der er således indgået en mellem parterne gyldig elektronisk kontrakt, idet dealsitet på vegne af leverandøren har fuldmagt til at indgå en aftale om et forbrugerkøb, jf. KBL § 4a.

Det fremgår videre af afgørelsen, at:

»Det er flertallets vurdering, at den konkrete dealside ikke tilstrækkeligt klart og tydeligt har tilkendegivet, at samarbejdspartneren[18] alene har optrådt som mellemmand/formidler. Endvidere giver dealsiden ikke klart og tydeligt forbrugeren det indtryk, at der indgås aftale med en anden aftalepart end dealsiden.[19] Flertallet har lagt vægt på, at samarbejdspartnerens navn ... først fremkommer midterst og nederst på selve dealsiden med angivelse af størrelsesguide og kontaktoplysninger. Det er derimod flertallets vurdering, at hjemmesidens indretning og formuleringen af den konkrete dealside giver forbrugeren en forventning om, at det er dealsiden[20], som sælger produktet. På baggrund heraf fremtræder det mellem parterne vedtagne formidlerforbehold ikke tilstrækkeligt klart. Hertil kommer, at køber i forbindelse med købet modtog en kvittering fra dealsiden, og dealsiden har modtaget reklamationer fra køber over fejl ved cyklen. Ifølge flertallet giver det ud fra en samlet helhedsvurdering køberen det indtryk, at det er dealsiden, som er aftaleparten.«

Flertallet i Forbrugerklagenævnet inddrager i fastlæggelsen af de relevante fortolkningsdata såvel forhold forud for aftalens indgåelse, aftalens indhold som efterfølgende forhold. I relation til forudgående forhold lægges der i vurderingen vægt på, at forbrugeren som følge af dealsitets indretning af hjemmeside har fået en *forventning* om, at dealsitet er aftalepart, og ikke blot formidler. Se i den retning U 2008.579 V, hvor forbrugeren på baggrund af en bilimportørs hjemmeside havde fået en berettiget forventning om, at

17. Samarbejdspartner skal her forstås som leverandøren i henhold til den i denne artikel anvendte terminologi. Der har desværre ikke været mulighed for at få adgang til den fulde ordlyd af afgørelsen, hvorfor læsningen og fortolkningen heraf forudsætter, at de blanke steder i teksten udfyldes korrekt.
18. Min indsætning for at øge læsbarheden.
19. Min indsætning for at øge læsbarheden.
20. Min indsætning for at øge læsbarheden.

såvel fører- som passagersæde var elektrisk justerbare. I forhold til dealsiden anvendes såvel forventningsargumentet som den manglende klarhed i forbindelse med aftaleindgåelsen til støtte for, at dealsitet er aftalepart i kontraktforholdet. Sammenholdt med den omtalte sag ved Roskilde byret er der i de to konkrete tilfælde en signifikant forskel i den måde, hvorpå forbrugeren er blevet gjort opmærksom på og har accepteret, at www.goleif.dk udelukkende er formidler og ikke pligtsubjekt, idet der såvel i forbindelse med aftalens indgåelse som det første er blevet gjort opmærksom på og med den fornødne klarhed, at www.goleif.dk er formidler, ligesom det er sket løbende under aftaleindgåelsen og i forbindelse med og forud for betalingen af købesummen for flybilletterne, hvorimod det i denne forbrugerklagenævnssag ikke fremtræder indledningsvis i de individuelle aftalevilkår, men først fremkommer midterst og nederst på dealsiden.

Endelig involverer dealsitet sig efterfølgende ved at fremsende kvittering og modtage reklamationer over den mangelfulde cykel.

Som nævnt i indledningen indebærer traditionel fysisk kontrahering i langt de fleste tilfælde en umiddelbart klarere og entydig forståelse for, hvem der er aftaleparter og dermed de, der er kontraktens rettigheds- og pligtsubjekter. Dette må også antages at gælde, hvor den erhvervsdrivende i skikkelse af en forhandler anvender ansatte med en stillingsfuldmagt til at indgå aftale på vegne af denne med en forbruger. Der må være en formodning for, at hvis en forbruger eksempelvis køber en vase i en Magasins afdelinger i Danmark, da har den gennemsnitlige forbruger en forforståelse for, at denne indgår aftale om køb af en vare med en af Magasin ansat person. Aftalesituationen fremstår dermed fra et forbrugersynspunkt som mere enkel og transparent; bl.a. fordi aftalen mellem ekspedient og forbruger indgås mundtligt, og hvor der mod betaling af købesummen sker udlevering af varen og tilhørende kvittering. En aftalesituation som mange personer i egenskab af at være forbruger gennemfører flere gange dagligt.

Aftalesituationen ved elektronisk handel er ikke nødvendigvis så enkel og transparent fra et forbrugersynspunkt. Den måde, hvorpå de relevante kontraktdata fremstår, vil ofte fra et forbrugersynspunkt i værste fald være svære at gennemskue, idet fremtrædelsesformen for de relevante kontraktdata bliver mere uoverskuelige.

Et mindretal i Forbrugerklagenævnet fandt imidlertid, at hjemmesiden ikke havde et indhold, der kunne give forbrugeren en begrundet forventning om, at dealsitet var pligtsubjektet. Mindretallet fandt, at formidlerforbeholdet var tilstrækkeligt klart formuleret, og at forbrugeren havde accepteret dette. Dette var sket over to omgange. Først gang ved forbrugerens accept af de generelle vilkår og efterfølgende ved indgåelsen af den konkrete deal.

2.2. Den mangelfulde rensning af en sofa

I sag FRE-13/01800 købte en forbruger i december 2012 et værdibevis til en rensning hos et nærmere angivet renseri gennem et dealsite. Værdibeviset havde påtrykt en værdi på 550 kr., som forbrugeren betalte 275 kr. for. Forbrugerens sofa blev afhentet af renseriet den 14. januar 2013 og returneret den 18. januar 2013. Forbrugeren konstaterede ved tilbagelevering, hvilket et sagkyndigt udvalg bekræftede efterfølgende, at sofaen havde fået skjolder, og at puderne var krympet og krøllede. Forbrugeren krævede en erstatning på 7.800 kr. for den ødelagte sofa. Forbrugerklagernævnet fastsatte i sin afgørelse, at erstatningen for den ødelagte sofa skønsmæssigt nedsattes til 5000 kr. under henvisning til sofaens alder[21], købspris og brugspletter.

Købet af et værdibevis til brug for rensning af et givet objekt må kvalificeres som køb af en tjenesteydelse, således at købeloven ikke finder anvendelse, jf. U 2010.332 Ø. Da der foreligger en efterfølgende skade i forbindelse med den mangelfulde rensning af sofaen, kan dette enten kvalificeres som et produktansvar, der falder uden for produktansvarslovens anvendelsesområde, jf. PAL § 1, og som i givet fald skal løses efter det i retspraksis udviklede produktansvar (RUP) eller løses med udgangspunkt i renseriets professionsansvar. Forbrugerklagenævnet forbigår dette spørgsmål i sin afgørelse, ligesom der ikke tages nærmere stilling til, hvorvidt de kumulative betingelser for erstatning er opfyldt, herunder spørgsmålet om ansvarsgrundlag.

Bryde Andersen og Lookofsky anfører om forholdet mellem det i retspraksis udviklede produktansvar og tjenesteydelser følgende:

»Man kan i øvrigt diskutere, om egentlige tjenesteydelser og fast ejendom – altså emner, der klart ligger uden for KBL – også falder inden for produktbegrebet efter RUP... Da mange (især ældre) danske domme ikke identificerer, hvilket regelsæt afgørelsen er bygget på, gælder der – ikke mindst i relation til tjenesteydelser – en noget flydende grænse mellem produktansvar efter RUP og ansvar efter dansk rets almindelige regler om erstatning i eller uden for kontrakt.«[22]

Selvom det ikke nødvendigvis indebærer et forskelligt resultat, hvorvidt forholdet er omfattet af RUP eller de almindelige regler om erstatning i eller uden for kontrakt, ville det bl.a. fra et forudsigelighedssynspunkt være ønskeligt, at der i retspraksis blev taget definitivt stilling hertil.

21. Se U.2014.578 H vedrørende køb af en fladskærm, hvor der i forbindelse med ophævelsen i et forbrugerkøb skete en reduktion i købesummen, der skulle tilbagebetales som følge af forbrugerens brug af fladskærmen forud for tilbageleveringen.
22. Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, *Lærebog i obligationsret*, 4. udg., 2015, s. 474. Karnov Group.

I lighed med den anden omtalte sag fra Forbrugerklagenævnet er der tale om, at de anvendte genelle aftalevilkår er de samme, som i den ovenfor omtalte sag, således at der må være tale om det samme dealsite. Der er således også enighed i sagen om, at der mellem parterne er indgået et gyldigt formidlerforbehold.

Til trods herfor kommer et flertal i Forbrugerklagenævnet frem til det modstående resultat i forhold til den første sag, idet ordlyden af den konkrete dealside tillægges afgørende betydning for, at formidleren ikke er aftalepart, men derimod renseriet.

Af dealsiden fremgår det:

»med dagens deal bliver sofaen som ny igen. Renseriet står klar med en professionel rens, som klarer skidt, snavs og pletter. De henter og bringer sofaen. Du skal bare læne dig tilbage og nyde resultatet. Renseriet har gjort det til en leg at rense sofaer, så de ligner nyindkøbte vidundere. Nederst på siden står renseriets kontaktoplysninger samt en vejledning til renseriets adresse.«

Når ordlyden af dealsiden sammenholdes med dealsitets generelle aftalevilkår og dennes afvisning af at behandle klagen, er der efter klarhedsprincippet ikke belæg for ikke at støtte flertallets afgørelse, idet det må have stået klart for forbrugeren henset til aftaleindgåelsen og det forhold, at renseriet på trods af ikke rigtig opfyldelse af aftalen er den part, der afhenter, renser og bringer sofaen. Der kan næppe herske tvivl om ud fra en helhedsvurdering, at renseriet optræder i egenskab af realdebitor og aftalepart.

Et mindretal i Forbrugerklagenævnet er af den opfattelse, at hjemmesidens indretning og formuleringen af den konkrete dealside ikke tilstrækkeligt tydeligt tilkendegiver, at dealsitet handler på vegne af renseriet. Mindretallet er derfor af den opfattelse, at såvel dealsitet som renseriet må anses som part i aftalen og dermed solidarisk ansvarlige for den udførte rensning. Til støtte for dette synspunkt anfører mindretallet, at såvel dealsitet som renseriet har en økonomisk interesse i salget og selve betalingsflowet mellem parterne, og at parterne i fællesskab aftaler de nærmere omstændigheder vedrørende dealen og dennes eksponering.

En sådan fortolkning af de samlede kontraktdata indebærer for det første en vidtgående forbrugerbeskyttelse, en formodet tvivl om den endelige ansvarsfordeling, men også i værste fald en potentiel undergravning af de økonomiske fordele, der er forbundet med at anvende mellemmænd såvel i traditionel som elektronisk handel. Den aftaledelegation, der i større eller mindre omfang er givet af den bagvedliggende producent eller leverandør og

det dertil knyttede ansvar til mellemmanden bør ikke helt eller delvist tilsidesættes som følge af fremkomsten af nye måder at kontrahere på.

3. Konklusion

I det omfang de tre analyserede sager også udtrykker, hvad Højesteret ville have afsagt dom om, må der set fra et formidlersynspunkt om ikke at indtræde som pligtsubjekt iagttages følgende kumulative betingelser: at der for det første er indgået et gyldigt formidlerforbehold, for det andet, at det i forbindelse med aftaleindgåelsen allerede i aftalevilkårene indledningsvis fremgår med den fornødne klarhed og accept fra forbrugerens side og gerne med løbende gentagelse, herunder ved betalingen, at formidleren ikke er pligtsubjekt, og for det tredje, at formidleren evt. kan modtage betalingen fra forbrugeren, men i øvrigt ikke involverer sig i opfyldelsen af aftalen, da det kan skabe en berettiget forventning om, at formidleren er aftalepart i stedet for den bagvedliggende leverandør. Når der henses til afgørelsen fra Østre Landsret må særligt tydelighedskravet fremhæves, idet dommen uanfægtet indebærer en risiko for, at det ikke bliver muligt at anvende formidlerkonstruktionen i forbrugeraftaler uden for pakkerejselovens anvendelsesområde og dermed opretholde princippet om kontrakters relativitet.

Forbrugerklagenævnet kvalificerer ikke i sin afgørelse vedrørende den mangelfulde cykel, hvilken form for mellemmand dealsitet er. Henset til, at dealsitet handler i eget navn opfylder det i den henseende kravet om at kunne være såvel en kommissionær som en forhandler. Imidlertid må der, når der ikke er sket fravigelse af KMSL § 56, stk. 1, kunne drages den konklusion, at dealsitet handler i eget navn og for egen regning, da denne er pligtsubjekt, hvorved dealsitet i mellemmandsretlig forstand er en forhandler.

Renseriet kan, uagtet om denne i retlig henseende kunne være kvalificeret som formidler eller ej, ikke anses for forhandler, idet renseriet ikke i eget navn og for egen regning indkøber og videresælger varer til forbrugere, idet renseriet tilbyder en tjenesteydelse, hvor forbrugeren til enhver tid har ejendomsretten til den udleverede genstand.

DEL III

Offentlig ret

Den svenska järnvägen, liberaliseringen och marknadstillträdet

Af Tobias Indén

Artikeln är en del av forskningsprojektet »Privatiseringar och konkurrens-rättsliga utmaningar«, vilket bedrivs med stöd av det svenska Konkurrens-verket.

1. Inledning – privatisering, liberalisering eller avreglering?

Det finns få svenska privatiseringsprojekt som är så omdebatterade som liberaliseringen, eller som det vanligtvis men tämligen missvisande refereras till i Sverige, avregleringen, av järnvägen.

Privatiseringar är ett uttryck för tydliga offentliga policyprocesser. De är dock specifika i förhållande till många andra beslutsprocesser, inte minst på så vis att dessa processer är omgärdade av omfattande regelverk – även om det inte finns några bestämmelser som explicit gäller just vid privatiseringar. Begreppet privatisering har dock ingen entydig definition utan kan förstås på många olika sätt, men med privatisering avses normalt någon form av konkurrensutsättning av verksamhet som tidigare drivits i offentlig regi.[1]

En privatisering kan därför ta sig olika uttryck såsom att det offentliga överlåter hela eller delar av ett offentligt företag till en eller flera privata aktörer som ett led i en liberalisering av en marknad. Sådana privatiseringar kan genomföras på många olika sätt – ett exempel på en sådan privatisering är att överlåta aktier på en öppen börs, så som gjordes då ca 30 procent av aktierna i Telia AB såldes som en s.k. folkaktie på Stockholmsbörsen under 2000, medan ett annat exempel är att genomföra en mer sluten försäljning

1. Se t.ex. Nilsson m.fl., Den svåra beställarrollen, 2005, s. 12, och prop. 1999/2000:140. De s.k. stopplagarna utgör emellertid exempel på där utvecklingen under en begränsad period i viss mån gått i en annan riktning, se den tidigare gällande lag (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan och den tidigare gällande lag (1999:608) om tillfällig minskning av det generella statsbidraget vid avyttring av aktier eller andelar i eller utdelning från kommunala bostadsföretag m.m., samt det tidigare gällande kap. 2 i lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag.

på så vis att man erbjuder utvalda aktörer att köpa ett helt företag, vilket var det förfarande som tillämpades då Vin & Sprit AB såldes till det franska företaget Pernot Ricard.[2]

Ett annat sätt att genomföra en privatisering på är att det offentliga efter en upphandling anlitar ett privat företag för att utföra en uppgift som tidigare tillgodosetts i egen regi, eller på så sätt att det offentliga överlåter bestämd egendom till privata företag för att dessa ska kunna tillhandahålla en viss tjänst till medborgarna. Som ett aktuellt exempel på det senare kan den utförsäljning av cirka en tredjedel av Bilprovningens stationer som genomförts de senaste åren nämnas.[3]

Ytterligare ett exempel på en form av privatisering är att liberalisera en marknad genom att tillåta privata företag som uppfyller särskilda villkor att konkurrera om kunder eller brukare, varvid man exempelvis låter de privata aktörerna få tillgång till viss infrastruktur, såsom är fallet ifråga om liberaliseringen av den svenska järnvägen.

Järnvägstrafik är inte som vilka andra tjänster som helst – i och med att man är bunden till vissa spår som man dessutom delar med sina konkurrenter. Då det endast finns viss infrastruktur som järnvägsföretagen inte själv råder över uppkommer frågan hur företagen kan säkra sig åtkomst till den infrastruktur som man behöver.

De regler som numera styr den svenska järnvägen, och olika aktörers tillgång till den samma, är flera till antalet och systemet som sådant är inte heller helt enkelt att skärskåda. Då syftet med liberaliseringen var att bryta det tidigare statliga monopolet utgör en hörnsten i det nu rådande systemet att olika aktörer ska ges marknadstillträde på konkurrensneutrala villkor. Det handlar både om att företag som vill bedriva olika typer av tågtrafik ska ges tillgång till spårkapacitet och att företag som vill tillhandahålla diverse tjänster som är knutna till sådan verksamhet ska ges möjlighet att göra så. Föreliggande framställning syftar till att belysa hur marknadstillträdet för olika aktörer är reglerat.

2. Järnvägsregleringens utveckling

Allt sedan mitten av 1800-talet har den aktör som vanligtvis förkortas SJ varit tongivande gällande tågtrafik i Sverige. SJ var från början en statlig

2. Se t.ex. prop. 2006/07:57.
3. http://www.bilprovningen.se/Externt/bpwebabout.nsf/va_LookupWeb/55A5618F0-F97DA2EC125781500389CF9!opendocument&m=0 (2012-01-08).

myndighet som både ansvarade för merparten av järnvägsnätet som sådant och för den största delen av tågtrafiken i Sverige. Även om det under tämligen lång tid också funnits minder regionala aktörer med ansvar för regional spårtrafik kan man hävda att det första steget mot den organisering av den svenska järnvägen som består än idag togs 1988 då den statliga myndigheten Banverket bildades. Banverket, vars uppgifter numera tillvaratas av den statliga myndigheten Trafikverket, tog 1988 över ansvaret för den största delen av järnvägsinfrastrukturen, dvs. primärt själva rälsen, strömförsörjning etc.

Ytterligare ett steg i omstruktureringen av den svenska järnvägen togs 2001 genom att det tidigare statliga affärsdrivande verket SJ delades i flera mindre delar, vilka också gjordes om till aktiebolag, varför de inte längre var att karaktärisera som statliga myndigheter. Numera är det SJ AB som bedriver persontransporter – men det görs i konkurrens med andra tågtrafikföretag. Det definitiva steget mot en liberaliserad tågtrafikmarknad togs genom en lagändring under 2009 som innebär att SJ:s monopol på de mest lönsamma sträckorna skulle avskaffas, varför det i teorin numera är möjligt för alla tågbolag att bedriva järnvägstrafik i Sverige.

3. Marknadens reglering

3.1. Järnvägsföretagens marknadstillträde

Sedan liberaliseringen av den svenska järnvägsmarknaden står det som nämnts ovan i princip var och en fritt att ge sig in på marknaden för att konkurrera med SJ och andra företag om passagerare. Även om marknaden är liberaliserad är det givetvis inte möjligt för ett företag att endast köpa ett tåg och mot betalning frakta gods eller passagerare; utan tillgången till järnvägsnätet är minst sagt väl reglerad.

3.1.1. Tillståndsplikt – licens och säkerhetsintyg

För att få bedriva verksamhet i form av järnvägstrafik krävs enligt 3 kap. 1 § järnvägslagen (2004:519) antingen tillstånd i form av licens och säkerhetsintyg eller, i vissa fall undantagsfall ett nationellt trafiksäkerhetstillstånd. För att kunna utverka en licens fordras bl.a. att man avser att tillhandahålla dragkraft och utföra järnvägstrafik, har hemvist eller säte i Sverige, har ett sådant yrkeskunnande, ekonomisk förmåga och gott anseende som medför att man kan anses vara lämpad att tillhandahålla dragkraft och utföra järnvägstrafik.

Licens eller annat motsvarande tillstånd utfärdat i en annan stat inom EES eller i Schweiz gäller i Sverige.[4]

Utöver själva licensen krävs också att järnvägsföretaget har ett säkerhetsintyg – och under vilka villkor ett sådant intyg ska beviljas ett järnvägsföretag regleras i 3 kap. 3 § järnvägslagen. För att erhålla ett säkerhetsintyg krävs i korthet att företaget ifråga har järnvägsmateriel som är säkert samtidigt som det också har ett säkerhetsstyrningssystem.

Det är däremot inte endast tillräckligt att inneha ett tillstånd för att kunna bedriva verksamhet i form av järnvägstrafik, utan det krävs också att företaget ifråga kan få tillgång till järnvägsinfrastrukturen, såsom räls och andra anläggningar i anslutning till denna. Följaktligen måste järnvägsföretaget ifråga ansöka om att få tillgång till infrastrukturkapacitet. En sådan ansökan innebär något förenklat att järnvägsföretaget ansöker om att få tillgång till vissa s.k. tåglägen – dvs. den infrastrukturkapacitet som krävs för att framföra järnvägsfordon från en plats till en annan under en viss tidsperiod.[5]

Enligt 6 kap. 1 § järnvägslagen är en infrastrukturförvaltare skyldig att behandla en ansökan om infrastrukturkapacitet från den som har rätt att utföra eller organisera trafik på svenska järnvägsnät och att på ett konkurrensneutralt och icke-diskriminerande sätt mot avgift tilldela denne infrastrukturkapacitet i enlighet med bestämmelserna i järnvägslagen.

Om ansökningarna om infrastrukturkapacitet inte kan samordnas, ska förvaltaren tilldela kapacitet med hjälp av avgifter eller i enlighet med prioriteringskriterier som medför ett samhällsekonomiskt effektivt utnyttjande av infrastrukturen.

I den tågplan som infrastrukturförvaltaren tar fram med utgångspunkt från de ansökningar som kommit in ska den i så stor utsträckning som möjligt tillmötesgå alla ansökningar om infrastrukturkapacitet samt beakta den ekonomiska effekten på sökandenas verksamhet och andra förhållanden av betydelse för sökandena.

Om en intressekonflikt mellan två eller flera sökande inte kan lösas, ska infrastrukturförvaltaren tillhandahålla ett förfarande för skyndsam tvistlösning. I händelse av att ansökningarna inte kan samordnas trots förfarande för samordning och tvistlösning, ska infrastrukturförvaltaren snarast förklara den del av infrastrukturen där ansökningarna är oförenliga som överbelastad och ange under vilka tider så är fallet. Enligt 6 kap. 14 § har den som betalar

4. Se 3 kap. 2 § järnvägslagen (2004:519).
5. Definitionen av bl.a. tågplan och tågläge återfinns i 1 kap. 4 § järnvägslagen (2004:519).

en extra avgift enligt 7 kap. 3 § företräde vid tilldelningen av överbelastad infrastruktur.

I samband med tilldelning av tågläget ska järnvägsföretaget och infrastrukturförvaltaren ingå de avtal av administrativ, teknisk och ekonomisk natur som behövs för utnyttjande av tågläget, s.k. trafikeringsavtal. Avtalsvillkoren ska vara konkurrensneutrala och icke-diskriminerande. Någon järnvägstrafik får inte heller utföras utan att trafikeringsavtal har träffats.

3.1.2. Marknadstillträde och infrastrukturförvalterns kontraheringsplikt

Som nämnts ovan utgör det en grundläggande förutsättning för att ett järnvägsföretag ska kunna bedriva verksamhet att man får tillgång till infrastrukturkapacitet i form av tåglägen. I det avseendet finns det ingen explicit reglering i järnvägslagen som direkt tvingar infrastrukturförvaltare att ingå de avtal som erfordras för att ett järnvägsföretag ska kunna bedriva sin verksamhet, men det finns som nämnts en reglering som stadgar att en infrastrukturförvaltare är skyldig att behandla en ansökan om infrastrukturkapacitet från den som har rätt att utföra eller organisera trafik och att på ett konkurrensneutralt och icke-diskriminerande sätt tilldela den sökande sådan kapacitet i enlighet med bestämmelserna i järnvägslagen, mot en avgift.

Vad som närmare avses med att kapacitet ska tilldelas på ett konkurrensneutralt och icke-diskriminerande grunder beskrivs inte i lagförarbetena, utan det hänvisas endast till artikel 20 i direktiv 2001/14/EG. Av bestämmelsen i direktivet följer att infrastrukturförvaltaren i så stor utsträckning som möjligt ska tillmötesgå alla ansökningar om infrastrukturkapacitet och ta hänsyn till alla förhållanden av betydelse för sökanden, inklusive den ekonomiska effekten på deras verksamhet.

Det får däremot antas att utgångspunkten är att infrastrukturförvaltaren måste ha objektivt godtagbara skäl, såsom kapacitetsbrist, för att inte låta ett järnvägsföretag få tillgång till efterfrågad kapacitet. I händelse av att så är fallet fordras också att infrastrukturförvaltaren behandlar de ansökande företagen på ett icke-diskriminerande sätt, vilket inkluderar att kapaciteten ska tilldelas utifrån de prioritetskriterier som man valt att tillämpa. Ovidkommande hänsyn ska således inte få inverka på tilldelningen av tåglägen.

I sammanhanget ska också nämnas att möjligheten för infrastrukturförvaltare att ta ut avgifter i samband med upplåtandet av infrastruktur är särskilt reglerad i lagen. Sådana avgifter ska också vara konkurrensneutrala och icke-diskriminerande, vilket följer av 7 kap. 1 § järnvägslagen. I övrigt ska avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastrukturen som huvudregel fastställas till den kostnad som uppstår som en direkt följd av framförandet av järnvägsfordon.

Om infrastrukturförvaltare hade varit helt fria i samband med bestämmandet av avgifternas storlek hade det i praktiken kunnat innebära att man med hjälp av väldigt höga avgifter hindrat järnvägsföretag från att etablera sig på vissa sträckor.

Det kan således konstateras att det trots avsaknaden av en i lagstiftningen explicit kontraheringsplikt i förhållandet mellan infrastrukturförvaltare och järnvägsföretag likväl förekommer en indirekt sådan.[6] En förutsättning för att marknaden för tågtrafik ska vara konkurrensutsatt är att olika järnvägsföretag får tillgång till spårkapacitet på konkurrensneutrala villkor. En ordning utan någon form av kontraheringsplikt för den som förvaltar infrastrukturen hade motverkat en sådan målsättning. Att det kan anses föreligga en kontraheringsplikt gällande tillgången till infrastrukturkapacitet när torde inte endast understödjas av syftet med den svenska regleringen utan det torde i enskilda fall också kunna följa av den konkurrensrättsliga s.k. *essential facilities-doctrine*.[7]

3.2. Tjänsteleverantörers marknadstillträde

Järnvägslagen reglerar inte endast förhållandet mellan infrastrukturförvaltare och järnvägsföretag, utan lagen reglerar också förhållandet mellan s.k. tjänsteleverantörer och järnvägsföretag.

Då ett järnvägsföretag ska bedriva sin verksamhet är det inte endast beroende av att det finns s.k. tåglägen, dvs. något förenklat viss räls under en viss tid att tillgå, utan de måste också ha tillgång till andra anläggningar som vanligtvis tillhandahålls av det som i järnvägslagen benämns som tjänsteleverantörer. Det kan röra sig ifrån allt från tillträde till stationer för passagerare, inklusive byggnader och övriga faciliteter, även för förmedling av reseinformation och lokaler lämpliga för biljettförsäljning, tjänster i godsterminaler, tjänster på rangerbangårdar och andra tjänster för tågbildning och växling, uppställning på sidospår, tjänster i underhållsanläggningar, till järnvägstjänster i hamnanläggningar och tjänster i bränsledepåer.[8]

För att järnvägsföretag ska få tillgång till sådana tjänster fordras vanligtvis ett avtal med en tjänsteleverantör, dvs. en offentlig eller privat enhet som

6. Angående begreppet kontraheringsplikt, se t.ex. Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner, 1997.
7. För en beskrivning av doktrinen se exempelvis Jones & Suffrin, EU Competition Law, 2011, s. 486 ff. och Iversen m.fl., Regulating Competition in the EU, 2012, s. 543 ff.
8. Se 6 kap. 23 § järnvägslagen (2004:519).

ansvarar för förvaltningen av en anläggning för tjänster eller för tillhandahållande av sådana tjänster. Utgångspunkten enligt 6 kap. 23 § järnvägslagen är också att tjänsteleverantörer på ett icke-diskriminerande sätt ska ge järnvägsföretag och andra sökande tillträde till sådana anläggningar och tjänster och dessutom har tjänsteleverantörer ett krav på sig att så långt möjligt tillmötesgå samtliga ansökningar om tillgång till tjänsten. Skulle tjänsteleverantören inte kunna tillmötesgå en ansökan om tillgång till en grundläggande tjänst ska den om möjligt informera den sökande om ett alternativ som innebär att den sökande kan bedriva trafiken på samma linjer under ekonomiskt godtagbara förhållanden.

Att tjänsteleverantörer har en skyldighet att underlätta järnvägsföretags marknadstillträde följer också av 6 kap. 23 b §. Bestämmelsen stadgar att ägaren av en sådan tjänsteanläggning som avses i 6 kap. 23 § som inte varit i bruk under minst två år i följd ska offentliggöra att den helt eller delvis kan hyras eller leasas under förutsättning att ett järnvägsföretag eller någon annan sökande har uttryckt intresse för tillträde till anläggningen. I händelse av att tjänsteleverantören kan visa att anläggningen ska användas för annat ändamål behöver den inte offentliggöra att den helt eller delvis kan hyras eller leasas.

Också ifråga om tillgången till olika tjänsteanläggningar finns det följaktligen en kontraheringsplikt; både en indirekt som reglerar tillgången till de aktuella tjänsterna och en direkt kontraheringsplikt som innebär att ägaren av en tjänsteanläggning kan tvingas att avyttra anläggningen ifråga om den inte varit i bruk under viss tid. Att så är fallet motiveras också av det faktum att en kontraheringsplikt i resp. fall är något av en grundförutsättning för att järnvägssektorn ska kunna liberaliseras i den meningen att det skapas konkurrens mellan olika järnvägsföretag.

4. Marknadstillträde och kontraheringsplikt

Järnvägsföretagens marknadstillträde, både ifråga om tillgången till viss infrastrukturkapacitet och ifråga om tillgången till vissa tjänster, säkras som nämnts ovan av att det råder en form av kontraheringsplikt för infrastrukturförvaltare och tjänsteleverantörer.

Kontraheringsplikt är undantag från huvudregeln om avtalsfrihet som inskränker marknadsaktörernas handlingsutrymme ifråga om vilka de ska ingå avtal med och under vilka förutsättningar. Följaktligen utgör varje form av kontraheringsplikt en inskränkning i marknadens funktionssätt.

I Sverige, likväl som i exempelvis Danmark, finns det flera lagar och regler som stipulerar att offentliga aktörer ska ingå vissa kontrakt på vissa villkor,

dvs. som ålägger aktörerna ifråga en kontraheringsplikt. Vanligtvis följer inte motiven till kontraheringsplikten ifråga direkt av lagtexten, men i de flesta fall framgår det mer eller mindre tydligt i förarbetena varför lagstiften ålagt aktörerna ifråga att iaktta en kontraheringsplikt. Det torde generellt sätt gå att inordna de grunder som motiverat lagstiftaren att införa en kontraheringsplikt för offentliga aktörer på särskilda områden i fyra olika kategorier.[9]

Några av de regleringar som slår fast att offentliga aktörer har att iaktta en kontraheringsplikt motiveras av logistiska eller ekonomiska argument. Som exempel på regleringar som faller inom denna kategori kan bestämmelser som föreskriver en skyldighet att ansluta sig till gemensamma avloppssystem nämnas. Ett annat exempel på en reglering inom samma kategori är 15 kap. MB. I praktiken medför den aktuella regleringen att alla fastighetsägare måste teckna avtal med respektive kommun eller den enhet som fått i ansvar av kommunen ifråga att svara för bortforsling av avfall. I och med att den enskilda fastighetsägaren är tvingad att teckna sådana avtal innebär det, i vart fall implicit, att också leverantören av de aktuella tjänsterna som utgångspunkt är underkastad en kontraheringsplikt. Skyldigheten att teckna avtal rörande sådana tjänster eller att ansluta sig till liknande infrastruktur syftar till att infrastrukturen som sådan ska kunna finansieras varför kontraheringsplikten tjänar ett ekonomiskt ändamål. Genom att tvinga både enskilda och företag att ansluta sig till dylik infrastruktur säkrar man sig också om att parallella nät av infrastruktur inte skapas, vilket inte hade varit samhällsekonomiskt effektivt.

Inom den andra kategorin faller regleringar som syftar till att skapa en marknad för privata företag, på så sätt att de ska ges möjlighet att tillhandahålla tjänster som traditionellt sätt, i vart fall i de nordiska länderna, anses utgöra offentliga tjänster. Som exempel kan nämnas att det av 5 § i den svenska hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) följer att patienter har en rätt att fritt välja klinik när de söker vård, oavsett om det är en privat eller offentlig vårdgivare, och att ersättningen från det landsting eller den region som har ansvar för patienten ska följa den senare.

Ytterligare en kategori av bestämmelser inbegriper en kontraheringsplikt syftar till att ge olika aktörer, oavsett om det rör sig om privata företag eller enskilda, tillgång till viss offentlig service. Som ett exempel kan den ovan nämnda regleringen i 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) nämnas; vilket motiveras av att det kontrakt som ingås mellan den privata vårdgivaren och landstinget eller regionen leder till att tredje part i form av patienten får

9. Se Naundrup Olesen, Tvungen offentlig kontraktindgåelse, i; Gøtze m.fl., Ret på flere felter: Forvaltning, Governance, Retssikkerhed, Festskrift til Carsten Henrichsen, 2015.

tillgång till sjukvård hos den förra. Inom samma kategori faller bestämmelsen i 16 § lag (2006:412) om allmänna vattentjänster, enligt vilken en fastighetsägare har rätt att använda en allmän va-anläggning, om fastigheten finns inom va-anläggningens verksamhetsområde samtidigt som dess behov av en vattentjänst inte kan tillgodoses bättre på annat sätt. I och med att fastighetsägaren måste betala för nyttjandet av va-anläggningen kan man tala om att det föreligger en kontraheringsplikt.

Den fjärde kategorin av motiv till förekomsten av en kontraheringsplikt utgörs av regleringar som syftar till att säkra att marknadsaktörers tillgång till viktiga anläggningar, såsom viss infrastruktur exempelvis i form av järnvägsnät. Följaktligen är det till denna kategori av grunder för en kontraheringsplikt som infrastrukturförvaltares och tjänsteleverantörers skyldighet att ingå vissa kontrakt kan sorteras.[10]

Liberaliseringen av järnvägen med syfte att skapa en marknad för privata företag kräver att man kan säkra de nya aktörerna tillträde till den infrastruktur som krävs, oavsett om det är i form av vissa tåglägen eller om det avser tillgång till för järnvägsföretagen viktiga tjänster. Under förutsättning att man inte vill totalt avreglera marknaden, vilket är minst sagt svårt och dessutom samhällsekonomiskt oklokt i och med att kostnaderna för att skapa parallella järnvägsnät är orimligt hög,[11] krävs därför regler som säkrar sådant tillträde, och införandet av en kontraheringsplikt, oavsett om den är implicit eller explicit är just en sådan åtgärd.

10. Ett annat exempel på en reglering som förskriver en kontraheringsplikt inom denna kategori är § 24 i lov om elforsyning, LBK nr 1329 af 25 november 2013 med senere ændringer, enligt vilken »[e]nhver har ret til at anvende det kollektive elforsyningsnet til transport af elektricitet imod betaling.«
11. Jfr Iversen m.fl., Regulating Competition in the EU, 2012, s. 541.

Det forretningsmæssige
– en skatteretlig norm

Af Inge Langhave Jeppesen

1. Indledning

En betydelig del af den skat, der opkræves i Danmark, består af indkomstskat, der er beregnet på grundlag af en indkomstopgørelse. Den fremkommer ved, at bevægelser i skatteyders økonomi skal vurderes i forhold til de skatteretlige bestemmelser. Indkomstopgørelsen er derfor resultatet af en skatteretlig kvalifikation af de bevidste eller ubevidste handlinger, som skatteyder udfører som led i sine økonomiske dispositioner. Den skatteretlige kvalifikation bygger på en anvendelse og fortolkning af de skatteretlige bestemmelser, som dækker over et bredt spektrum af bestemmelser lige fra den traditionelle definition af indkomstbegrebet over bestemmelser om kapitalgevinstbeskatning til bestemmelser indenfor dansk udlandsskatteret. Nogle af disse bestemmelser har karakter af værnsregler. Det vil sige regler, som har til hensigt at gøre det skattemæssigt ufordelagtigt at foretage givne dispositioner.

Nyere eksempler på sådanne værnsregler er den skatteretlige regulering af kapitalejerlån i ligningslovens § 16 E og ændringerne i virksomhedsskatteloven, der skal hindre skatteyder i at opnå utilsigtede skatteretlige fordele. Disse værnsregler skal dog ikke virke, når dispositionen er foretaget »som led i en forretningsmæssig disposition«. I disse relationer bliver begrebet »forretningsmæssig disposition« derfor anvendt som norm for den acceptable disposition, der som en undtagelse ikke udløser beskatning i forhold til de pågældende bestemmelser. Det betyder også, at fokus er på den positive afgrænsning af begrebet.

Anvendelsen af begrebet forretningsmæssig er ikke nyt i dansk skatteret. Den forretningsmæssige begrundelse er således tidligere anvendt ved bedømmelsen af skattearrangementer,[1] ligesom det også anvendes i fusionsskattedi-

1. Se blandt andet Jakob Bundgård, Skatteret og civilret, s. 455 og Nikolaj Vinther, Civilrettens styring af skatteretten, s. 217 ff.

rektivet som modstykke til skatteundgåelse.[2] Begrebet har således tidligere fungeret som et kriterium, der er indgået i en subjektiv fortolkning af, om en disposition er båret af en hensigt om skatteundgåelse. I denne relation vil der være fokus på en negativ afgrænsning af begrebet, idet skatteundgåelse foreligger, når en disposition ikke er forretningsmæssigt begrundet.

Med de nye regler om kapitalejerlån og ændringerne i virksomhedsskatteloven anvendes begrebet nu direkte som lovfæstede undtagelser, og dermed indgår det som et element i fortolkningen af lovens ordlyd. Det nærmere indhold af begrebet fremstår imidlertid ikke klart, og derfor vil en fortolkning af lovens ordlyd uvilkårligt forudsætte en fortolkning af begrebet »som led i en forretningsmæssig disposition«. I det følgende vil dette begreb blive analyseret. Analysen vil blive indledt med en redegørelse for den hidtidige anvendelse af begrebet. Herefter vil begrebets anvendelse i de nye bestemmelser om kapitalejerlån og sikkerhedsstillelser i virksomhedsordningen blive analyseret. Analysen afsluttes med en vurdering af begrebets anvendelse som norm i skatteretten.

2. Forretningsmæssig begrundelse som norm ved lovfortolkning

2.1. Begrebets anvendelse ved vurderingen af skattearrangementer

Hidtil har dansk skatteret ikke haft en generel lovfæstet omgåelsesklausul, og den nye omgåelsesklausul i ligningslovens § 3 gælder kun i internationale forhold. Det har derfor været omdiskuteret, om en aftale kan tilsidesættes ved den skatteretlige bedømmelse med henvisning til, at der foreligger omgåelse af skattelovgivningen.[3] I teorien anvendes læren om rette indkomstmodtager og realitetsgrundsætningen som to teorier, der understøtter, at en disposition kan tilsidesættes ved den skatteretlige bedømmelse.[4] I denne forbindelse er begrebet forretningsmæssigt begrundet også blevet anvendt som udfyldende norm ved lovfortolkning ved vurderingen af, om en disposition er foretaget

2. Hvis en transaktion ikke er forretningsmæssigt begrundet er der en formodning for, at dens formål er skatteunddragelse eller skatteundgåelse, jf. direktiv 2009/133,0 artikel 15, stk. 1.
3. Der henvises til Jan Pedersen, Skatteudnyttelse. for en omfattende analyse og vurdering af denne problemstilling.
4. De to teorier er behandlet i en række artikler. For en grundlæggende beskrivelse af teorierne henvises der til Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 1, 7. udgave, s. 124-126 og Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 16. udgave, s. 675 ff. Med hensyn til realitetsgrundsætningen kan der i øvrigt henvises til Jan Pedersen, Skatteudnyttelse.

for at opnå en skattemæssig fordel, eller om den primært tjener et forretningsmæssigt formål.[5]

Anvendelsen af begrebet i denne sammenhæng udspringer alene af praksis, der indeholder en række eksempler på, at begrebet er anvendt ved vurderingen af en dispositions skatteretlige konsekvenser.[6] Fælles for denne praksis er, at skatteyder med udgangspunkt i en objektiv lovfortolkning kan opnå en given – for skatteyder gunstig – retsfølge. Men hvis skatteyders dispositioner alene eller i overvejende grad er tilrettelagt med henblik på at opnå sådanne fordele, har domstolene i praksis inddraget en vurdering af dispositionens forretningsmæssige begrundelse. Hvis dispositionen mangler en forretningsmæssig begrundelse, bliver den tilsidesat, hvorved skatteyder ikke opnår den gunstige retsfølge.

I praksis bliver den forretningsmæssige begrundelse dermed indikator for det normale. Vurderingen af, om en disposition er normal, er imidlertid konkret[7] og handler i denne forbindelse grundlæggende om at afgøre, om brugen af en regel skyldes andet end skattemæssige hensyn. Det er derfor vanskeligt på baggrund af praksis at fastlægge et konkret og håndterbart indhold af begrebet, udover at en disposition skal have en erhvervsmæssig og økonomisk realitet for at være forretningsmæssigt begrundet. En sådan realitet kan godt være til stede, selv om dispositionen også er båret af et ønske om skattebesparelse.[8] En hensigt om skattebesparelse udelukker således ikke i sig selv, at dispositionen kan være forretningsmæssigt begrundet.[9]

5. Robert Koch Nielsen nævner begrebet i Skatteplanlægningens grænser – grænser for skatteplanlægning, Skattepolitisk Oversigt 1984, s. 51. Der henvises desuden til Nikolaj Vinther, Civilrettens styring af skatteretten, s. 223 og Jakob Bundgaard, Skatteret og Civilret, s. 455 for en analyse af begrebets anvendelse ved bedømmelsen af skatteplanlægning samt en henvisning til øvrige kilder, hvor spørgsmålet er behandlet.
6. Der henvises til Jakob Bundgård, Skatteret og Civilret, s. 455 ff. og Nikolaj Vinther, Civilrettens styring af skatteretten, s. 217 ff., hvor der er henvist til en række af de afgørelser, der har anvendt begrebet ved lovfortolkningen.
7. Nikolaj Vinther, Civilrettens styring af skatteretten, s. 223.
8. Der henvises til TfS 1999, 45 V, hvor en successiv afhændelse af en mobiltelefon blev anset for forretningsmæssigt begrundet, selv om dispositionen også var begrundet i et skattemæssigt hensyn.
9. Jakob Bundgård, Skatteret og Civilret, s. 458. Det er samme sted anført, at der skal foreligge en skattebesparelse, hvis dispositionen skal tilsidesættes med henvisning til en manglende forretningsmæssig begrundelse.

2.2. Begrebets anvendelse ved omstrukturering

Begrebet forretningsmæssig begrundelse har også betydning i forhold til de danske bestemmelser om skattefri aktieombytning, spaltning eller tilførsel af aktiver med tilladelse. Muligheden for at nægte tilladelse til en omstrukturering fremgår af direktiv 2009/133/EF, artikel 15, hvor det er anført, at en medlemsstat kan nægte en omstrukturering, hvis en transaktion har skatteunddragelse eller skatteundgåelse som hovedformål eller et af hovedformålene. I forlængelse heraf fremgår det, at: »... forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager ... kan der være grund til at formode, at et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.« I C-321/05 Kofoed afgjorde EU-domstolen, at direktivets omgåelsesklausul skal være implementeret i national ret for at finde anvendelse. Alternativt kan der ske tilsidesættelse, hvis der findes en generel omgåelsesklausul i den pågældende stat.[10] I forhold til de rent danske omstruktureringer fremgår kravet ikke direkte af lovgivningen, men kravet om tilladelse i de danske bestemmelser skal sikre muligheden for at nægte en skattefri omstrukturering, hvis dens formål er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.[11]

Manglen på en gyldig forretningsmæssig årsag skaber således en formodning for, at formålet bag en transaktion er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Dermed bliver transaktionen med en gyldig forretningsmæssig årsag modpolen til den transaktion, der har skatteundgåelse eller skatteunddragelse som formål.[12] Det siger dog ikke i sig selv noget om, hvad der skal forstås ved gyldigt forretningsmæssigt, men snarere hvad det ikke er. Det kan hænge sammen med, at der er et retskrav på tilladelse til omstrukturering, hvis den enkelte transaktion i øvrigt opfylder de stillede krav. Det er kun, hvis en konkret bevisvurdering fører til, at hovedformålet eller et af hovedformålene med omstruktureringen er skatteundgåelse, at skatteyder ikke har dette retskrav. I SKM2007.807.DEP er det som kommentar til C-28/95 A. Leur Bloem i øv-

10. I den pågældende sag afgjorde EU-domstolen, at da omgåelsesklausulen i fusionsskattedirektivet på daværende tidspunkt ikke var implementeret i dansk skatteret, kunne en skattefri aktieombytning kun tilsidesættes, hvis Danmark havde en generel omgåelsesklausul. I SKM2007.843.DEP blev det dog med henvisning til TfS 1999, 491 LSR afvist at foretage denne vurdering, og skatteministeriet tog dermed bekræftende til genmæle i den pågældende sag. Med ligningslovens § 3 er der indført en sådan generel international omgåelsesklausul i forhold til fusionsskattedirektivet.
11. Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, s. 61.
12. Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, s. 63 og Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 4. udgave, s. 213.

rigt anført, at den manglende forretningsmæssige begrundelse kun skaber en formodning for, at omstruktureringen sker med henblik på skatteundgåelse. Det er således skattemyndighederne, der har bevisbyrden herfor. Beviset skal bygge på en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion.[13]

I artikel 15 i fusionsskattedirektivet er det nævnt, at omstrukturering eller rationalisering af aktiviteter kan udgøre gyldige forretningsmæssige årsager. EU-domstolen har samtidig i C-126/10 Foggia fastslået, at disse transaktioner kun udgør eksempler herpå, og at de ikke vil udgøre en gyldig forretningsmæssig årsag, hvis de alene er gennemført med henblik på at opnå skattemæssige fordele. Michael Serup kommenterer blandt andet C-126/10 Foggia med, at begrebet ikke skal udfyldes positivt, men derimod skal afgrænses negativt fra sag til sag.[14]

Konsekvensen er, at ved fortolkningen af begrebet forretningsmæssig i relation til tilladelse til skattefri aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver skal der foretages en konkret vurdering af, om transaktionen er forretningsmæssig – og som følge af formuleringen af artikel 15 bliver det snarere et spørgsmål om, hvornår den ikke er foretaget af gyldige forretningsmæssige årsager.[15]

Pladsen i denne artikel tillader ikke en udførlig analyse af den foreliggende praksis, men praksis viser, at der lægges vægt på ønsket om generationsskifte, risikobegrænsning, hæftelsesbegrænsning og omstrukturering inden for en koncern.[16]

Det er ikke ensbetydende med, at disse situationer altid vil udløse en tilladelse. Det skal stadig vurderes, om ønsket grundlæggende er forretningsmæssigt begrundet. Det interessante og vanskelige er således at få afgrænset »... de tilfælde, der ligger i grænseområdet mellem det forretningsmæssigt begrundede og skatteundgåelse.«[17] Et ønske om omstrukturering, der har

13. C-28/95 præmis 48 litra B og C.
14. Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, s. 75.
15. Bestemmelserne om omstrukturering med tilladelse er siden blevet suppleret af bestemmelser, der ikke kræver tilladelse, men derimod bygger på nogle værnsregler, der skal hindre, at omstrukturering anvendes som led i skatteundgåelse. Den forretningsmæssige begrundelse er således erstattet af objektive værnsregler.
16. Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 4. udgave, s. 215 ff. Der henvises desuden til Michael Serup i Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, s. 110-163, der indeholder en udførlig analyse og systematisering af den foreliggende danske praksis på området.
17. Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 4. udgave, s. 220.

til hensigt at sikre en forbedret skattemæssig position er således ikke forretningsmæssigt begrundet, hvis den ikke i øvrigt har tilknytning til et forretningsmæssigt forhold.[18] Der skal ligge noget mere bag ved ønsket om en omstrukturering.[19] I SKM2007.807.DEP er det præciseret, at skatteundgåelse kun kan være et af hovedformålene med en omstrukturering, når hensynet til at opnå en skattemæssig fordel reelt har været den væsentligste årsag til at gennemføre en omstrukturering.

Som et eksempel herpå kan der henvises til afgørelsen i TfS 1997, 206 LR, hvor et selskab ønskede tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning af aktierne i et selskab, der oprindeligt var stiftet ved en skattefri virksomhedsomdannelse. Anskaffelsessummen var negativ, og ønsket om en skattefri aktieombytning udsprang af et ønske om at undgå beskatning heraf i tilfælde af selskabets konkurs. Ligningsrådet fandt, at en skattefri aktieombytning ikke kunne tillades i et sådant tilfælde.

2.3. Sammenfatning

Det kan konstateres, at både i forbindelse med spørgsmålet om tilsidesættelse af aftaler ved den skatteretlige bedømmelse og i forbindelse med tilladelse til skattefrie omstruktureringer har begrebet forretningsmæssig begrundelse en væsentlig betydning. Den forretningsmæssige begrundelse anvendes i begge tilfælde som modstykke til skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Det skal vurderes, om en disposition er tilrettelagt på en sådan måde, at den kan tilsidesættes, henholdsvis om der ikke kan gives en tilladelse til en skattefri omstrukturering. Derfor har der i den hidtidige anvendelse af begrebet forretningsmæssig begrundelse været fokus på, hvornår en disposition ikke er forretningsmæssigt begrundet snarere end på, hvornår den er det. Den hidtidige praksis er derfor i høj grad kendetegnet ved at bidrage til en negativ afgrænsning af begrebet. Det kan dog konkluderes, at en forretningsmæssig begrundet disposition er erhvervsmæssig, har et reelt økonomisk indhold og ikke kun er begrundet i et ønske om skatteplanlægning.

18. Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 4. udgave, s. 221.
19. I dansk praksis har det blandt andet ført til et krav om konkretisering af det forretningsmæssige formål i forbindelse med en ansøgning, jf. blandt andet Østre Landsrets dom i SKM2005.167.ØLR.

3. Begrebet »som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition« som lovfæstet norm

3.1. Indledning

Det er dette noget uklare krav om noget forretningsmæssigt, der i nyere lovgivning får karakter af en lovfæstet norm for det acceptable.[20] Det fremgår også af den praksis, der knytter sig til den nyere lovgivning, hvor begrebet »som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition« er anvendt som norm for det acceptable, at der er tvivl om, hvornår en disposition er forretningsmæssig. I det følgende vil praksis i relation til disse nye bestemmelser blive analyseret med henblik på at fastlægge begrebets indhold i relation til disse bestemmelser.

3.2. Kapitalejerlån

Med vedtagelsen i 2012 af bestemmelsen i ligningslovens § 16 E om den skatteretlige regulering af kapitalejerlån er det første gang, at begrebet »som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition« indgår direkte i ordlyden af en skatteretlig bestemmelse. Begrebet fandtes imidlertid allerede i den selskabsretlige regulering af ulovlige kapitalejerlån.

Det fremgår således også af forarbejderne til ligningslovens § 16 E, at der er hentet inspiration til forståelsen af begrebet i den selskabsretlige regulering, og at praksis herfra kan være vejledende ved fortolkningen af ligningslovens § 16 E. Derfor vil den selskabsretlige regulering indgå i den efterfølgende analyse.

3.2.1. Kapitalejerlån og forretningsmæssigt begrundet i selskabsretten

I selskabsretten er kapitalejerlån som udgangspunkt ulovlige jf. bestemmelsen i selskabslovens § 210. En overtrædelse af denne bestemmelse medfører krav om tilbagebetaling af lånet, forrentning af mellemværendet og betaling af en bøde. Dertil kommer, at revisor skal erklære sig om det ulovlige kapitalejerlån. Det er ikke kun kapitalejere, der er omfattet af den selskabsretlige bestemmelse. Det er ledelsen i selskabet også.[21]

20. I et høringssvar til lovforslaget til ligningslovens § 3 bliver der peget på det uheldige i, at et så uklart begreb, der alene kendes fra skattearrangementer, bliver anvendt som norm for, hvornår et kapitalejerlån ikke skal have skatteretlige konsekvenser.
21. Dertil kommer personer, der er ægtefælle til en kapitalejer eller ledelsen i selskabet. Det omfatter også personer, der er i slægtskab i ret op- eller nedstigende linje med de pågældende samt eller i øvrigt står de pågældende særlig nær.

Selskabslovens § 212 hjemler en undtagelse til de ulovlige kapitalejerlån. Hvis et selskab stiller midler til rådighed for kapitalejere og ledelse mv. som led i en sædvanlig forretningsmæssigt begrundet långivning, er lånet lovligt i selskabsretlig forstand. Denne undtagelse blev lovfæstet i 2010 og er en kodificering af den tidligere praksis for ulovlige kapitalejerlån, der stammer fra indførelsen af det generelle selskabsretlige låneforbud i 1982.[22]

Af forarbejderne til selskabslovens § 212 fremgår det, at der skal foretages en konkret vurdering af, om der er tale om en transaktion, der er sædvanlig for selskabet og for branchen. En indikator for dette er, at selskabet løbende har dispositioner af samme slags med uafhængige parter. Det er i forarbejderne eksemplificeret som selskabets salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Det gælder desuden, at vilkårene i transaktionen skal være sædvanlige. Det vil sige, at betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal være på vilkår, som også ville være gældende i forhold til transaktioner med tredjemand.[23]

Erhvervsankenævnet har blandt andet haft lejlighed til at vurdere den selskabsretlige undtagelse i to afgørelser fra januar måned 2013. I en kendelse fra 11. januar 2013[24] havde en hovedanpartshaver overdraget en ejendom til sit selskab. Selskabet forudbetalte købesummen på aftaledatoen, selv om ejendommen først skulle overdrages på et senere tidspunkt, når den var færdigrenoveret. Det betød i den konkrete sag, at købesummen – ganske vist mod forrentning – var betalt godt et år før overtagelsen af ejendommen. Erhvervsankenævnet fandt, at der ikke var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Der blev i afgørelsen lagt vægt på, at anpartshaveren ikke kunne have solgt ejendommen på tilsvarende vilkår – særligt forudbetalingen – til en uafhængig tredjemand. Det var således især manglende sædvanlige vilkår i selve aftalen, der var afgørende i denne sag.

I Erhvervsankenævnets kendelse fra 28. januar 2013[25] havde et selskab ydet et lån til hovedaktionærens personligt drevne virksomhed. Det var sket med den begrundelse, at sikringen og opretholdelsen af driften af den personlige virksomhed havde betydning for opretholdelsen af selskabets kreditter. Erhvervsankenævnet fandt, at lånet ikke var ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Det var afgørende for denne vurdering, at selskabet ikke havde indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige tred-

22. Låneforbuddet var lovfæstet i den dagældende aktieselskabslovs § 115.
23. Bemærkningerne til § 212 i L 170, 2008/09.
24. Journalnummer 2012-0026414.
25. Journalnummer 2012-0026400.

jemænd og heller ikke ville foretage tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd.

Ved den selskabsretlige vurdering af en dispositions sædvanlige forretningsmæssige begrundelse indgår det således også, om det er en disposition, som selskabet ville foretage. Den sædvanlige forretningsmæssige begrundelse skal derfor ikke kun opfattes som det, selskabet plejer at gøre, men også som det, selskabet kunne tænkes at gøre. Der er således et vist rum for vurderingen af, hvornår en disposition er sædvanlig.

Forarbejderne til selskabsloven nævner eksempler på, hvornår der foreligger en sædvanlig forretningsmæssig disposition, mens den selskabsretlige praksis består af eksempler på, hvornår det ikke er tilfældet. Det kan på baggrund heraf konkluderes, at salg af varer og tjenesteydelser på kredit kan udgøre en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Det er desuden væsentligt, at selskabet enten indgår tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd eller i hvert fald som minimum kan tænkes at ville indgå tilsvarende transaktioner med tredjemænd. Og med tilsvarende tænkes der ikke kun på selve udlånet, men også på vilkårene for det pågældende lån, jf. Erhvervsankenævnets afgørelse fra 11. januar 2013.[26]

3.2.2. Kapitalejerlån og forretningsmæssigt begrundet i skatteretten

Ligningslovens § 16 E blev vedtaget og trådte i kraft i 2012. Af bestemmelsen fremgår det, at hvis et selskab yder et lån til en kapitalejer,[27] skal lånet behandles efter skattelovgivningens almindelige regler som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Konkret betyder det, at kapitalejerlån i en skatteretlig kontekst bliver omkvalificeret til løn eller udbytte.

Hertil gælder en række undtagelser. Lån fra pengeinstitutter, lån til selvfinansiering som nævnt i selskabslovens § 206, stk. 2 samt lån, »der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition«, er således ikke omfattet af ligningslovens § 16 E og udløser derfor ikke beskatning som løn eller udbytte.

Hovedreglen i ligningslovens § 16 E er omkvalificering til løn eller udbytte, hvilket er en ganske mærkbar skatteretlig konsekvens for kapitalejeren som skatteyder. Det er derfor væsentligt for en kapitalejer at have klarhed over, om et givent lån er omfattet af bestemmelsen eller alternativt omfattet

26. På Erhvervsstyrelsens hjemmeside er der under punktet kapitalejerlån en liste med faktorer, der antyder, at lånet er omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212. Der henvises til https://erhvervsstyrelsen.dk/ulovlige-kapitalejerlaan.
27. Det er en forudsætning, at der mellem selskabet og kapitalejeren eksisterer kontrol jf. bestemmelsen i ligningslovens § 2.

af en af undtagelserne – i denne sammenhæng særligt undtagelsen for forretningsmæssigt begrundede dispositioner.[28]

Udover forarbejdernes henvisning til den selskabsretlige forståelse af forretningsmæssigt begrundet, indeholder de også andre bidrag til en skatteretlig forståelse heraf. En sædvanlig forretningsmæssig disposition er således eksemplificeret som et lån, »... der opstår som led i aktionærens almindelige samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår.«[29] Udsagnet rejser to spørgsmål. Et spørgsmål er, hvornår der er tale om almindelig samhandel på sædvanlige vilkår. Et andet spørgsmål er, om et lån også kan være ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, når der ikke er tale om almindelig samhandel på sædvanlige kreditvilkår. En analyse af nogle af de sager, der har været forelagt Skatterådet, kan bidrage til at svare på disse spørgsmål.

Den første sag, der blev forelagt Skatterådet, er offentliggjort som SKM2013.113.SR. Et selskab ejede en række erhvervsejendomme samt en beboelsesejendom. Beboelsesejendommen skulle overføres til hovedaktionæren. Overførslen skulle ske til selskabets kostpris, jf. praksis.[30] Denne værdi oversteg den aktuelle handelsværdi, hvilket havde betydning for størrelsen af den realkreditfinansiering, der kunne opnås. Den resterende finansiering skulle derfor blandt andet ske ved udstedelse af et pantebrev på sædvanlige vilkår med selskabet som kreditor og hovedaktionæren som debitor. I sin forespørgsel lagde hovedaktionæren vægt på, at pantebrevet og udlånet var på markedsmæssige vilkår og dermed forretningsmæssigt. Der var i den forbindelse henvist til bemærkningerne til den tidligere aktieselskabslovs § 115 om ulovlige kapitalejerlån i selskabsretten. Det fremgik heraf, at hvis et sælgerpantebrev var på normale vilkår, udgjorde det ikke et ulovligt kapitalejerlån i selskabsretten.

I sin behandling af sagen inddrog Skatterådet forarbejderne til den nugældende selskabsretlige undtagelse i selskabslovens § 212, jf. omtalen heraf i afsnit 2.1.1, hvor der er lagt vægt på, at:

- Transaktionerne foretages løbende med uafhængige parter.
- Selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.
- Vilkårene for selve transaktionen skal også være sædvanlige. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal således være, som de ville være i forhold til tredjemand.

28. Denne artikel har fokus på begrebet forretningsmæssig begrundelse. De øvrige undtagelser vurderes i øvrigt at være af mere objektiv karakter.
29. De særlige bemærkninger til § 1, stk. 2 i L 199, 2011/12.
30. Praksis er beskrevet i Den juridiske vejledning 2015-2, afsnit C.B.3.5.4.3.

I forlængelse heraf afgjorde Skatterådet, at da selskabet ikke sædvanligvis opførte og solgte beboelsesejendomme og sædvanligvis ikke ydede lån ved salg af fast ejendom, foretog det ikke løbende tilsvarende transaktioner med uafhængige parter på tilsvarende vilkår. Lånet var derfor ikke ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Selv om det fremgår af forarbejderne til ligningslovens § 16 E, at den selskabsretlige forståelse af sædvanlige forretningsmæssige dispositioner alene er vejledende for den skatteretlige forståelse, ses det i SKM2013.113.SR, at det er den selskabsretlige opfattelse, der bliver lagt til grund ved vurderingen. Med inspiration fra selskabsretten bliver det sædvanlige karakteriseret som noget, der sker løbende. Afgørelsen er kritiseret for, at der er lagt betydelig vægt på det løbende, idet det umiddelbart udelukker enkeltstående dispositioner fra at kunne være sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.[31] Det er desuden uklart, hvornår en disposition opfylder kravet om at være løbende.

Skatterådets afgørelse i SKM2014.107.SR nuancerer problemstillingen. Afgørelsen vedrører primært spørgsmålet om værdiansættelsen af en ejendom i forbindelse med dens overdragelse fra et selskab til selskabets hovedaktionær, men den indeholder også et spørgsmål, om en eventuel refusionsopgørelse i selskabets favør vil udgøre et aktionærlån omfattet af ligningslovens § 16 E.

I afgørelsen er der lagt vægt på, at refusionsopgørelsen opstår som led i overdragelsen af ejendommen. Men da selskabet ikke løbende foretager dispositioner af denne karakter, bliver det vurderet, om selskabet ville foretage tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. I den forbindelse lægges der vægt på, at vilkårene er sædvanlige ved ejendomshandler, og at de samme vilkår ville have været gældende, hvis selskabet havde solgt ejendommen til en tredjemand i stedet for til hovedaktionæren.

Vurderingen af det sædvanlige forretningsmæssige sker således ikke kun i forhold til, hvad selskabet plejer at gøre, men også i forhold til, om noget tilsvarende ville have fundet sted i forhold til tredjemand. Afgørelsen bløder derfor op på den vægt på det løbende, der blev lagt i SKM2013.113.SR, og giver dermed også plads til, at enkeltstående dispositioner kan være forretningsmæssigt begrundede. Det understreges desuden i afgørelsen, at dispositionens sædvanlighed også forudsætter, at selve betalingen overholder en sædvanlig tidsfrist i forhold til handel med fast ejendom.

Betydningen af, om noget tilsvarende ville have fundet sted i forhold til tredjemand, ses også anvendt i SKM2014.14.SR, hvor en anpartshaver sam-

31. Der henvises til John Bygholm i Skatterådet på afveje i afgørelse om aktionærlån, SR-Skat 2013, nr. 2, s. 77.

men med sin ægtefælle ejede alle anparterne i et selskab. Parret ejede desuden andele i en række kommanditselskaber, der drev en række butikker. De enkelte butiksbestyrere ejede også andele i disse kommanditselskaber. Anpartsselskabet udgjorde det centrale selskab i virksomheden og finansierede i høj grad kommanditselskaberne. Som følge af den skatteretlige transparens var det ikke kommanditselskaberne, der var låntagere i skatteretlig forstand, men derimod kommanditisterne. Det betød, at anpartshaveren ansås for at have lån i anpartsselskabet.

Ved Skatterådets vurdering af, om lånet var ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, indgik, om man ville have valgt en tilsvarende finansieringsstruktur mellem uafhængige parter. I den konkrete struktur udgjorde de enkelte butiksbestyrere tredjemænd, der dog alene havde en mindre ejerandel – i gennemsnit 11 %. Skatterådet fandt, at selskabet alene påtog sig finansieringsrisikoen, fordi lånene primært kom anpartshaverne til gode. Vurderingen var derfor, at selskabet ikke ville have ydet et tilsvarende lån, hvis kommanditselskaberne primært havde været ejet af tredjemænd.

Som argument for det sædvanlige forretningsmæssige havde skatteyder ellers argumenteret for, at der var en »koncernmæssig« økonomisk fordel ved den valgte finansieringsstruktur, idet renterne på mellemregningsgælden blev betalt til selskabet og ikke til en tredjemand. Der var i øvrigt tale om armslængdevilkår. Hvis der havde været tale om en tilsvarende finansieringsstruktur blandt kapitalselskaber, ville den være udtryk for en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

På den ene side er der således den opfattelse, som selskabet giver udtryk for – at den valgte finansieringsstruktur er sædvanlig forretningsmæssig, idet den er på armslængdevilkår og kan findes i koncerner, der alene består af kapitalselskaber. På den anden side er der Skatterådet, som ikke kun ser på, hvad andre gør eller ville gøre, men også på om selskabet ville gøre noget lignende i forhold til tredjemand. Det må være dette, der er udtrykt i Skatterådets noget kryptiske formulering om, at lånene ikke kun skal være ydet »... som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, idet lånene også skal være ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition for selskabet.«

Det element af tredjemandsvurdering, der indgår i vurderingen, er således todimensionelt, idet lånet både skal være af en slags, der ville blive ydet til tredjemand, og være af en slags, som det konkrete selskab ville yde til tredjemand. Afgrænsningen af begrebet sædvanlig forretningsmæssig disposition er derfor snæver, idet det ikke kun kan afgrænses til en sædvanligt forekommende forretningsmæssig disposition, men også skal afgrænses til, at den skal være sædvanlig for det selskab, der udlåner midler til sin aktionær. I SKATs styresignal i SKM2014.825.SKAT er det opsummeret som et krav om, at »...

selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter.« Hvis dispositionerne ikke tidligere er foretaget løbende med tredjemand, skal der ifølge styresignalet lægges vægt på, om selskabet ville foretage noget tilsvarende med en uafhængig part. Det sædvanlige er således enten noget, der gøres løbende, eller noget man ville gøre med en uafhængig part.

Nøgleordet i den foreliggende praksis er derfor »uafhængige parter«. Det vil sige, at ved fastlæggelsen af det sædvanlige forretningsmæssige indgår det som en væsentlig parameter, om et selskab ville yde et tilsvarende lån som led i en tilsvarende disposition med en uafhængig tredjemand. Der skal således foretages en armslængdevurdering af dispositionen – en vurdering der både omfatter selve dispositionen forstået som handlingen, og de vilkår der gælder for dispositionen forstået som rammerne for handlingen.

Afgørelsen i SKM2014.14.SR indeholder ydermere den problemstilling, at udlånene er dispositionen. Det får betydning for Skatterådets afgørelse, idet der dermed er tale om »egentlige lån«, som er den etiket Skatterådet sætter på lån, der ikke ydes *som led i* en anden disposition. Skatterådet finder, at det kun er pengeinstitutter, der kan yde egentlige lån, der er fritaget for beskatning efter ligningslovens § 16 E. Derfor vil egentlige lån, der ydes af andre end pengeinstitutter, alene af den grund være omfattet af ligningslovens § 16 E.

Dette argument blev også anvendt i SKM2014.294.SR, hvor et selskab drev investeringsvirksomhed, der omfattede investering i offentligt noterede papirer og udlånsvirksomhed med udlån på markedsvilkår. Oplysningerne om balancesum og størrelsen af udlånsporteføljen såvel i kr. som i procent antydede, at der var tale om en udlånsvirksomhed med et professionelt tilsnit. Hovedaktionæren ønskede at låne penge i selskabet på markedsvilkår til finansiering af en privat ejendom. Da selskabet drev udlånsvirksomhed, fandt aktionæren, at lånet var ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Skatterådet fandt derimod, at der var tale om et egentligt udlån, som var omfattet af ligningslovens § 16 E, da det udlånende selskab ikke var et pengeinstitut.

Praksis for egentlige lån betyder således, at tredjemandsvurderingen og betydningen af uafhængige parter ikke er aktuel, når lånet er dispositionen. Tredjemandsvurderingen bliver erstattet af, at långiver i den situation skal være et pengeinstitut. Praksis synes at bygge på den opfattelse, at egentlige udlån kun udgør en sædvanlig forretningsmæssig disposition for pengeinstitutter.

3.3. Virksomhedsordningen

Virksomhedsordningen har eksisteret siden 1987, og der har siden da været en række justeringer og tilføjelser, men ellers har ordningen været kendetegnet ved at leve »et stille liv«. Det ændrede sig i 2014, hvor der blev frem-

sat forslag om ændringer af virksomhedsordningen, der skulle forhindre en utilsigtet brug af ordningen. Den utilsigtede brug af ordningen bestod blandt andet i, at skatteyder optog lån i privatøkonomien til finansiering af sit privatforbrug. Aktiverne i virksomheden blev stillet til sikkerhed for lånet. Det gjorde det muligt for skatteyder at minimere sine hævninger i virksomheden og dermed maksimere opsparingen i virksomhedsordningen med en deraf følgende skatteudskydelse.[32] Denne del af skatteudnyttelsen blev med L 200, 2013/14 forhindret ved, at et beløb svarende til den laveste værdi af gældens kursværdi eller sikkerhedens størrelse skal anses for overført til den skattepligtige.[33] Fra 2018 vil det desuden ikke være muligt at spare op i virksomhedsordningen, hvis der er aktiver i virksomhedsordningen, der er stillet til sikkerhed for privat gæld.[34]

Forslaget blev kritiseret for at være for indgribende, og derfor blev der under forslagets behandling tilføjet en bestemmelse i virksomhedsskattelovens § 10, stk. 7 om, at en sikkerhedsstillelse, der er sket som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, ikke udløser overførsel og dermed beskatning af den selvstændigt erhvervsdrivende.

Denne tilføjelse gav anledning til et spørgsmål om forståelsen af »som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition«.[35] Skatteministeren svarede, at det vil bero på en konkret vurdering, der består af to elementer.

Sikkerhedsstillelsen skal for det første være foretaget som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, hvilket betyder, at den skal udspringe af en anden forretningsmæssig disposition. Det er i svaret udtrykt ved, at sikkerhedsstillelsen er af sekundær betydning og dermed ikke det bærende element i transaktionen. Det er eksemplificeret ved, at en løbende samhandel mellem virksomheden i virksomhedsordningen og tredjemand har nødvendiggjort en sikkerhedsstillelse.

Sikkerhedsstillelsen skal for det andet tjene et forretningsmæssigt formål for den virksomhed, der beskattes i virksomhedsordningen. Opfyldelsen

32. L 200, 2013/14, afsnit 3.3.2 i de almindelige bemærkninger.
33. Der er en overgangsregel i loven, der indebærer, at gamle sikkerhedsstillelser, dvs. sikkerhedsstillelser, der er stillet senest den 10. juni 2014, ikke udløser beskatning. I perioden 11. juni 2014 til 31. december 2017 kan sådanne sikkerhedsstillelser fornys uden skattemæssige konsekvenser, når blot den nye sikkerhedsstillelse holder sig inden for rammerne af den eksisterende.
34. Skatteyder har indtil den 1. januar 2018 til at afvikle en sikkerhedsstillelse. Hvis en sikkerhedsstillelse ikke er afviklet den 1. januar 2018, er det ikke muligt at opspare overskud fremadrettet, ligesom overskud, der er opsparet i perioden 11. juni 2014-31. december 2017, skal beskattes.
35. Spørgsmål 34 til L 200, 2013/14.

af dette led forudsætter for eksempel, at sikkerhedsstillelsen er foretaget på armslængdevilkår, og at modydelsen for sikkerhedsstillelsen afspejler den risiko, som påtages ved at stille aktiver i virksomhedsordningen til sikkerhed for tredjemands gæld. Modydelse skal i denne forbindelse forstås bredt, idet den kan være integreret i »parternes samlede udvekslinger«.[36]

Det første element i den vurdering, der skal foretages, indeholder et bidrag til forståelsen af det forretningsmæssige – nemlig at en løbende samhandel med en tredjemand er forretningsmæssig, og det er en sikkerhedsstillelse i den forbindelse også. Det andet element vedrører i højere grad indholdet af den forretningsmæssige disposition, der skal ske på armslængdevilkår. Det er dog ikke nærmere forklaret, hvad der forstås ved armslængdevilkår i denne sammenhæng, ligesom det er uklart, om kravet om en modydelse indgår som et element i vurderingen heraf, eller om det udgør et selvstændigt kriterium.

Praksis på området er beskeden.[37] I SKM2015.474.SR var der spurgt til, om en pantsætning af en ejendom ville udgøre en sikkerhedsstillelse, der var omfattet af virksomhedsskattelovens § 10, stk. 6. Skatteyder og dennes bror drev hver sit landbrug med svineproduktion og markdrift. De ejede desuden i fællesskab et interessentskab, hvis virksomhed bestod i at opfede smågrise, som det købte hos brødrenes respektive landbrug. De i alt tre virksomheder havde således en betydelig samhandel, idet interessentskabet både købte smågrise og planteprodukter hos de to brødres respektive landbrug.

Brødrene stod for at skulle skifte til et nyt pengeinstitut efter, at deres tidligere pengeinstitut var blevet overtaget af Finansiel Stabilitet. I den forbindelse krævede det nye pengeinstitut, at skatteyder pantsatte sin ejendom til sikkerhed for pengeinstituttets engagement med skatteyders bror, ligesom han skulle indtræde som meddebitor.

Ejendommen indgik i virksomhedsordningen, og pantsætningen betød derfor, at der var stillet sikkerhed for privat gæld med et aktiv i virksomhedsordningen. Spørgsmålet var, om sikkerhedsstillelsen var sket som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Skatterådet fandt, at kravet om »som led i« var opfyldt, og det skulle derfor vurderes, om sikkerhedsstillelsen også tjente et forretningsmæssigt formål. Skatterådet afgjorde, at det var tilfældet. Ved denne vurdering blev der lagt vægt på, at alle afregninger mellem virksomhederne skete på armslængdevilkår. Afregningen skete desuden løbende med en endelig afregning ved årsafslutningen.

36. Skatteministerens svar på spørgsmål 34 til L 200, 2013/14.
37. Deadline på denne artikel var 1. november 2015, og der er ikke taget hensyn til efterfølgende praksis.

I sin vurdering af, at der var tale om en sikkerhed som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, lagde Skatterådet således vægt på, at samhandlen mellem brødrene og det fællesejede interessentskab var sædvanlig og forretningsmæssig, ligesom vilkårene for samhandlen var forretningsmæssige, idet afregning og betaling skete på armslængdevilkår.

I SKM2015.528.SR havde en skatteyder hidtil drevet sin virksomhed som minkavler i virksomhedsordningen, men han ønskede nu at overdrage selve produktionen af mink til et selskab. Selskabet ville leje minkhaller og bygninger til minkproduktion af den personligt drevne virksomhed, som beholdt disse aktiver. Selskabet havde behov for en driftskredit på 5 mio. kr., som hovedaktionæren skulle kautionere for. Skatteyder ønskede svar på, om kautionen ville udgøre en sikkerhedsstillelse med sikkerhed i aktiver i virksomhedsordningen. Skatterådet fandt, at det var tilfældet, hvorefter det skulle vurderes, om den var sket som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Skatteyder havde argumenteret for, at sikkerhedsstillelsen var forretningsmæssigt begrundet, idet den sikrede selskabets drift og dermed udlejningen af de bygninger, der indgik i den personligt drevne virksomhed. Skatterådet anlagde en overordnet betragtning, hvor der blev lagt vægt på, at selve overdragelsen af minkavleraktiviteten til selskabet ikke var kommercielt begrundet. Behovet for lånet og sikkerhedsstillelsen udsprang af denne ikke-kommercielle overdragelse og var begrundet i interessefællesskabet. Der var derfor ikke tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Den manglende kommercielle begrundelse for hele setuppet var derfor helt afgørende i denne sag. I SKM2015.474.SR blev det netop anerkendt, at en sikkerhedsstillelse, der skulle sikre samhandlen mellem de involverede parter, var forretningsmæssigt begrundet. Når det ikke var tilfældet i SKM2015.528.SR skyldtes det sandsynligvis, at overdragelsen af minkavleraktiviteten havde karakter af et initiativ, der skulle hjælpe skatteyder med at undgå en anden af konsekvenserne af indgrebet i virksomhedsordningen – nemlig den manglende adgang til opsparing, når indskudskontoen var negativ. Ved at overdrage aktiviteten til selskabet, kunne opsparingen i stedet ske i selskabet. I forbindelse med overdragelsen ville skatteyder desuden opnå et stiftertilgodehavende i selskabet, som skatteyder kunne anvende til finansiering af privatforbrug. Hermed ville sikkerhedsstillelsen indirekte sikre, at skatteyder kunne hæve midler i selskabet uden beskatning.

Den eksisterende praksis nuancerer derfor blot forarbejdernes udsagn om sikringen af samhandel som et eksempel på en sædvanlig forretningsmæssig disposition og bidrager ikke med andre eksempler på sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Når samhandlen er sædvanlig og i øvrigt sker på armslængdevilkår, er en sikkerhedsstillelse, der skal sikre denne samhandel,

forretningsmæssig. Er samhandlen derimod »konstrueret«, som det er tilfældet i SKM2015.528.SR, vil der ikke være tale om en forretningsmæssigt begrundet sikkerhedsstillelse. I afgørelsen blev der lagt vægt på, at setuppet skyldtes interessefællesskabet. Det antyder, at der er foretaget en armslængdevurdering af hele arrangementet.

Praksis i forhold til virksomhedsskattelovens § 10, stk. 7 inddrager således også armslængdebetragtninger i vurderingen af, om en sikkerhedsstillelse sker som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

3.4. Sammenfatning

Det helt overordnede indtryk af den foreliggende praksis vedrørende kapitalejerlån og sikkerhedsstillelser i virksomhedsordningen er, at begrebet »som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition« har et snævert anvendelsesområde.

Til trods for de to bestemmelsers forskellige anvendelsesområde antyder såvel forarbejder som praksis, at der skal foretages en ensartet fortolkning af begrebet. I henhold til praksis for kapitalejerlån skal der foretages en toleddet armslængdevurdering, der både omfatter en vurdering af selve dispositionen og en vurdering af de vilkår, der gælder for dispositionen. I forarbejderne til virksomhedsordningen lægges der også op til en toleddet vurdering, idet der lægges vægt på den forretningsmæssige begrundelse for selve dispositionen og på, at vilkårene for dispositionen i øvrigt er på armslængdevilkår.

Med vægten på en armslængdevurdering af såvel disposition som vilkår, er der umiddelbart lagt op til et vist rum for, hvornår der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Når anvendelsesområdet bliver snævert, skyldes det, at der i praksis også er lagt vægt på det »som led i«, som indgår i begrebet. Praksis viser, at det får afgørende betydning ved vurderingen af, om et udlån eller en sikkerhedsstillelse er omfattet af værnsreglerne eller undtagelserne hertil.

4. Sammenfatning og perspektivering

Bestemmelserne i ligningslovens § 16 E og virksomhedsskattelovens § 10, stk. 7 udgør værnsregler, der skal forhindre skatteyder i at opnå utilsigtede skattemæssige fordele. De utilsigtede fordele har et vist fællestræk, idet de i begge tilfælde består i, at skatteyder kan have midler til rådighed i privatøkonomien, der reelt er finansieret af erhvervsøkonomien i et selskab henholdsvis en virksomhedsordning, uden at det har udløst beskatning af skatteyder.

De to bestemmelser er kendetegnet ved, at hovedreglen er, at skatteyder skal beskattes, fordi denne anses for at have opnået en fordel. Den forretningsmæssigt begrundede disposition udgør undtagelsen til denne beskatning, og derfor er der i praksis fokus på, hvornår et udlån henholdsvis en sikkerhedsstillelse er sket som led i en forretningsmæssig disposition.

I modsætning hertil har den hidtidige anvendelse af begrebet forretningsmæssig begrundelse i dansk skatteret haft fokus på, hvornår en disposition ikke er forretningsmæssigt begrundet, fordi det kun er i disse tilfælde, skattemyndighederne kan nægte skatteyder de fordele, som umiddelbart følger af en disposition. Tidligere var det derfor reelt kun væsentligt at få afklaret, hvornår en disposition ikke var forretningsmæssigt begrundet.

Begrebet har således i begge situationer den rolle, at det skal sikre skatteyder en fordel. Men på grund af reglernes forskellighed bliver den konkrete anvendelse af begrebet forskellig.

I den ene situation har skatteyder som udgangspunkt de fordele, der følger af en given disposition herunder en omstrukturering. Og kun hvis det kan påvises, at dispositionen henholdsvis omstruktureringen ikke er forretningsmæssigt begrundet, kan det betyde, at skatteyder ikke skal have disse fordele. Det indebærer, at det kun er i ganske særlige situationer, at en disposition ikke skal anses for at være forretningsmæssigt begrundet. Det er i SKM2007.807. DEP udtrykt på den måde, at nægtelse af en tilladelse til omstrukturering kun kan komme på tale, når den væsentligste årsag til at gennemføre en skattefri omstrukturering har været at opnå en skattemæssig fordel. Det betyder, at en disposition skal være tilrettelagt med det væsentlige formål at opnå en skattefordel, for at kunne tilsidesættes. Det er således kun rene tilfælde af skatteplanlægning, der ikke er forretningsmæssige.

I den anden situation skal skatteyder som udgangspunkt beskattes af de fordele, han har modtaget. Og kun hvis det kan påvises, at dispositionen er forretningsmæssigt begrundet, kan han undgå denne beskatning. Da bestemmelsernes hovedformål er at sikre beskatning af kapitalejerlån og sikkerhedsstillelser, vil den forretningsmæssigt begrundede disposition være undtagelsen, og derfor vil der være tale om en indskrænkende fortolkning, der afgrænser begrebet snævert.

Begrebet er således i begge tilfælde centralt, men anvendelsen af det er forskellig, idet der i det ene tilfælde er fokus på den negative afgrænsning og i det andet tilfælde på den positive afgrænsning af begrebet.

Til trods for dette synes der dog også at være en vis ensartethed i begrebets indhold. I den tidligere praksis var der et overordnet krav om, at dispositionen skulle have en erhvervsmæssig og økonomisk realitet. Når der i relation til kapitalejerlån og sikkerhedsstillelse skal foretages en armslængdevurdering

af dispositionen, synes der at være tale om en nuancering af dette krav til en erhvervsmæssig og økonomisk realitet.

Nuanceringen er antageligvis dels resultatet af den kontekst, som begrebet anvendes i relation til kapitalejerlån og sikkerhedsstillelse, dels resultatet af at begrebet i denne kontekst er lovfæstet. Det vil sige, at det ikke kun er skabt i praksis, men at der i bestemmelsernes forarbejder er givet retningslinjer for, hvordan begrebet skal fortolkes. I den forbindelse skal der også lægges vægt på, at begrebet forretningsmæssig begrundelse ikke står alene, men at udlånet eller sikkerhedsstillelsen skal ske *som led i* en forretningsmæssigt begrundet disposition.

Reglerne i ligningslovens § 16 E og virksomhedsskattelovens § 10, stk. 7 har medført et behov for en mere klar afgrænsning af begrebet forretningsmæssig begrundelse. Det fremgår således også af praksis på dette område, at der er fokus på den positive afgrænsning af begrebet. Det er min vurdering, at denne nuancering kan tjene til inspiration af forståelsen af begrebet i andre sammenhænge, men der skal samtidig være opmærksomhed på, at begrebet ikke altid tjener det samme formål – i nogle sammenhænge skal det fortolkes indskrænkende og i andre tilfælde udvidende. Og derfor skal det ikke nødvendigvis afgrænses på samme måde i alle sammenhænge, idet der er tale om, at det både anvendes som en ulovfæstet norm, en lovfæstet norm og en norm, der hviler på et EU-direktiv.

Begrebet og den nuværende fortolkning kan også tænkes at få betydning ved den fremtidige fortolkning af begrebet »velbegrundede kommercielle årsager« i den nyligt vedtagne ligningslovens § 3. Dette udtryk har et vist sprogligt sammenfald med begrebet forretningsmæssigt begrundet, men samtidig skal man være opmærksom på, at det netop hviler på en implementering af et EU-direktiv, hvor det i lighed med fusionsskattedirektivet skal udgøre modstykket til skatteunddragelse og skatteundgåelse. Det må derfor forventes, at dette begreb skal fortolkes udvidende, idet der vil være tale om, at en skatteyder nægtes den retsstilling, som han ellers ville have i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet henholdsvis fusionsskattedirektivet.

Vandkraft som erhvervsressource i Grønland

Af Bent Ole Gram Mortensen

1. Indledning

Grønland er stærkt afhængig af såvel fossile brændsler som af importerede energiprodukter. Importerede energiprodukter (flydende fossile brændsler) dækkede i 2013 mellem 84 og 89 % af Grønlands energiforbrug.[1] Den indenlandske energiproduktion er primært baseret på vandkraft, der repræsenterer over 90 % af den indenlandske energiproduktion. Eneste anden væsentlige lokale energikilde er affaldsforbrænding.[2]

Vandkraft anses generelt for en konkurrencedygtig energiform. Det er dog kendetegnende, at anlægsinvesteringerne er store sammenlignet med termiske kraftværker med deraf følgende store finansieringsbehov,[3] hvorimod de marginale produktionsomkostninger er små. Luftforurening, inkl. CO2-emission, er i driftsfasen meget begrænsede, ligesom der er tale om en lokal ressource, så afhængigheden af importerede ressourcer reduceres.[4]

Elforsyningen i Grønland er præget af »ø-systemer«. Bortset fra et enkelt sted, hvor ét vandkraftværk forsyner to byer, har hver by sit uafhængige elsystem. Byerne er på grund af de store geografiske afstande i Grønland ikke indbyrdes forbundne med eltransmissionsnet (og ej heller med veje). Endvi-

1. Se hertil Grønlands Statistik: Grønlands energiforbrug 2013, udgivet 1. december 2014. Der er lidt tvivl om selvforsyningsgraden. På side 9 anføres den for 2013 til 15,5 %. I tabel 11, side 26 anføres den til 11,0 procent. Tilgængelig på: http://www.stat.gl/publ/da/EN/201403pdf/2013%20Grønlands%20energiforbrug.pdf.
   I forsyningsselskabet Nukissiorfiits Årsregnskab 2014 anføres s. 3, at ca. 85 % af energiforbruget udgøres af importerede olieprodukter.
2. Grønlands Statistik: Grønlands energiforbrug 2013, s. 8.
3. Anlægsudgifterne er meget varierende afhængigt af, hvor store udgifterne til evt. vandmagasin er.
4. Om bl.a. miljøforhold ved de eksisterende vandkraftværker, se Bent Ole Gram Mortensen: Exploiting Hydropower in Greenland: Climate, Security of Supply, Environmental Risks and Energy-Intensive Industries, The Yearbook of Polar Law VI (2015), s. 36-62.

dere findes der mange små lokalsamfund (bygder), hvor elforsyningen består i små dieseldrevne anlæg.

Grønland indgår sammen med Færøerne og Danmark som en del af rigsfællesskabet Kongeriget Danmark (i det følgende blot rigsfællesskabet). Grønland er inden for rigsfællesskabet tillagt en særlig autonomi. Denne fremgår af selvstyreloven,[5] der blev vedtaget af Det danske Folketing den 19. maj 2009 og trådte i kraft den 21. juni 2009. Med selvstyreloven fastlægges, hvilke sagsområder, der hører under henholdsvis det grønlandske selvstyres og rigsfællesskabets (reelt Danmarks) jurisdiktionskompetence. Loven indeholder i § 2, stk. 1 bemyndigelse til, at det grønlandske selvstyre ensidigt kan overtage en række nærmere definerede politikområder. Herunder hører råstofområdet, jf. selvstyrelovens liste II, nr. 26. Råstofområdet blev overtaget af selvstyret pr. 1. januar 2010.[6] Det følger af § 2, stk. 1, nr. 3 i den grønlandske råstoflov,[7] at udnyttelse af energi fra bl.a. vand er underlagt et tilladelseskrav fra den grønlandske regering (Naalakkersuisut).

Vandkraftlovgivningen er en del af koncessionsretten om erhvervsmæssig udnyttelse af naturressourcer. Lovgivningen er en del af erhvervsforvaltningsretten.[8] I det følgende vil formålet med vandkraftlovgivningen i Grønland blive analyseret. De væsentligste forhold om ejerskab og koncessionen vil i den forbindelse blive gennemgået. Bestemmelser om vilkår, royalty mv. vil derimod ikke blive behandlet.

2. Den aktuelle vandkraftforsyning i Grønland

I 1993 blev det første vandkraftværk i Grønland idriftsat (Buksefjordsværket ved Nuuk, tidligere Godthåb), nu 45 MW.[9] Senere er der etableret et vandkraftværk med henblik på at forsyne byerne Qaqortoq, tidligere Julianehåb og Narsaq (Qorlotorsuaq) på 7.2 MW, Tasiilaq på 1.2 MW, Sisimiut, tidligere Holsteinsborg (Taserssuaq) på 15 MW og senest et vandkraftværk ved Illulis-

5. Lov nr. 473 af 12. juni 2009 om Grønlands Selvstyre.
6. En liste over overførte områder findes på http://www.stm.dk/multimedia/GR_oversigt_sagsomr_270110.pdf.
7. Lov nr. 7 af 7. december 2009 om mineralske råstoffer og aktiviteter af betydning herfor.
8. Se om begrebet »erhvervsforvaltningsret« i Bent Ole Gram Mortensen: Erhvervsforvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016, kapitel 1.
9. Grønlands Energiforsyning meddelte den 14. november 1990 koncession til udnyttelse af vandkraftpotentialerne ved Buksefjorden med henblik på energiforsyning af Nuuk by.

sat, tidligere Jacobshavn (Paakitsoq) på 22.5 MW.[10] Værkerne forsyner samlet byområder, der omfatter 58 % af Grønlands befolkning.[11] I 2013 udgjorde vedvarende energi (vandkraft og affaldsforbrænding) 55 % af energiforbruget til el- og varmeproduktion.[12] Andelen afhænger af efterspørgslen på energi. Denne svinger med vejrliget hos husholdningerne og i øvrigt med erhvervsaktiviteten i samfundet. Endvidere afhænger vandkraftværkernes produktion ikke blot af kapaciteten (antallet af MW), men også af mængden af vand i magasinerne, der igen afhænger af bl.a. nedbøren.

I 2012 blev der udarbejdet et dispositionsforslag til et vandkraftværk til forsyning af byerne Aasiaat og Qasigiannguit. Etableringen af disse anlæg blev dog ikke fundet rentable. I 2013 har der været planlagt undersøgelser af mulighederne for at udvide de eksisterende vandkraftværker i Narsaq, Qaqortoq (Qorlortorsuaq) og Tasiilaq. I de pågældende byer er der aktuelt et større afsætningsgrundlag af el og varme, end hvad vandkraftværkerne med den aktuelle kapacitet kan levere.[13] Indtil videre er der dog ikke truffet beslutning om udvidelse af vandkraftkapaciteten.

2.1. Ejerskab til vand og elforsyning

Landstingsforordning nr. 14 af 6. november 1997 om energiforsyning og den bagvedliggende lov nr. 1075 af 22. december 1993 for Grønland om vandkraftressourcer har været hjemmelsgrundlag for de eksisterende vandkraftværker. Hjemmestyret, senere selvstyret, har haft kompetence til at meddele tilladelse til udnyttelse af vandkraft i Grønland.

Samtlige eksisterende vandkraftværker over 1 megawatt (MW) ejes af Grønlands Selvstyre gennem den nettostyrede multiforsyningsvirksomhed Nukissiorfiit,[14] der dermed udøver faktisk forvaltningsvirksomhed. Virksomheden driver elproduktionsanlæg i 53 bygder foruden 17 byer og har et de facto

10. Steenfos, Hans P. & Jørgen Taagholt: Grønlands teknologihistorie, Gyldendal 2012, s. 380. Det femte vandkraftværk kom i drift allerede i efteråret 2012. Se Nukissiorfiit: Årsberetning 2012.
11. Baseret på en forudsætning om, at byerne Nuuk, Sisimiut, Ilulissat, Qaqortoq, Narsaq og Tasiilaq har en samlet befolkning på 33.044 personer ud af 56.810 personer i Grønland.
12. Grønlands Statistik: Grønlands energiforbrug 2013, s. 10.
13. Se den grønlandske forsyningsvirksomhed Nukissiorfiit: Årsberetning 2012, s. 18.
14. Nukissiorfiit hører under Departementet for Natur, Miljø og Justitsområdet. Virksomheden har lovbundne forpligtelser til at sikre bl.a. elforsyningen i Grønland. Nukissiorfiit varetager også vand- og fjernvarmeforsyning. Virksomheden reguleres af landstingsforordning nr. 14 af 6. november 1997 om energiforsyning.

monopol på offentlig elforsyning. Der findes enkelte privatejede mikrovandkraftværker etableret af fåreholdere og institutioner (f.eks. lejrskoler).[15]

2.2. Investeringerne i vandkraft

Investeringen i de eksisterende vandkraftanlæg har været baseret på samfundsøkonomiske hensyn. De mest rentable og åbenlyse bynære vandkraftpotentialer må antages allerede at være udnyttet. Der findes andre vandkraftpotentialer langt fra byer eller bygder. Disse vil have noget større etableringsudgifter end de bynære værker, og det er derfor tvivlsomt, hvorvidt nye værker vil blive etableret med henblik på forsyning af byer. Det må anses for økonomisk urealistisk at forsyne bygder med vandkraft, medmindre de ligefrem ligger ved transmissionslinjen fra et vandkraftværk. I forhold til byer må man også antage, at store transmissionsafstande af økonomiske årsager vil udelukke udnyttelsen af vandkraft.[16] Samtidig begrænser fraværet af et egentligt transmissionsnet muligheden for at etablere store vandkraftværker, hvis produktion overstiger den nærmeste bys behov.

Set i forhold til Grønlands BNP har vandkraftinvesteringerne været meget store – ca. 1 % årligt siden 1993.[17] Anlægsinvesteringerne må anses for at være rentable på markedsvilkår, men investeringerne har også belastet de offentlige grønlandske finanser.[18] Alene Buksefjordsværket ved Nuuk antages at have kostet 1.000 mio. danske kr. at opføre. Den samlede vandkraftkapacitet er nu på 90,9 MW, hvoraf halvdelen forsyner Nuuk.[19] Størrelsen af an-

15. Se f.eks.: http://dk.vintage.nanoq.gl/Emner/Landsstyre/Departementer/Dep_for_boliger_Natur_og_Miljoe/Afdelingen%20for%20Klima%20og%20Energi/Silap%20Pissusaanut%20Nukissiuuteqarnermullu%20Allaffik/~/media/D362E540ABB84832958413C85AD69F39.ashx.
16. I de danske ingeniørers brancheblad har det været skønnet, at transmissionsafstande over ca. 50 km økonomisk vil udelukke anvendelsen af vandkraft. Se http://ing.dk/artikel/nu-bruser-vandet-igennem-verdens-foerste-kraftvaerk-anlagt-under-permafrosten-161575.
17. Se Departementet for Boliger, Infrastruktur og Trafik: Redegørelse om Vandkraftforundersøgelser, oktober 2010, s. 7.
18. Se Anders Møller Christensen og Carina Moselund Jensen (Nationalbanken): Aktuelle tendenser i den grønlandske økonomi i Kvartalsoversigt, 2. kvartal 2013 – Del 1, s. 125. Tilgængelig (på dansk) på: http://www.nationalbanken.dk/C1256BE2005737D3/side/Aktuelle_tendenser_i_den_groenlandske_oekonomi_kvo2_2013/Sfile/groenland_KVO2_2013_del1.pdf.
19. I bemærkningerne af 25. september 2009 til lovforslaget anførtes, at et vandkraftanlæg med en kapacitet på 1 MW teoretisk ville kunne »producere 8.760 megawatttimer/år (MWh) svarende til ca. 1.500 – 2.000 husstandes normale årlige elforbrug ekskl. varme«. Der produceres dog også fjernvarme på vandkraftproduceret elektricitet.

lægsinvesteringer i vandkraft er i sig selv en faktor, der burde give anledning til at overveje andre finansieringsmodeller.

2.3. Forsyningsformålet med de eksisterende vandkraftværker

Hovedparten af de etablerede vandkraftværker er bygget med henblik på forsyning af byerne med elektricitet (beboelse, kontor, detailhandel og småindustri). Kun i forbindelse med kraftværket ved Nuuk har der været planer om særlig industriel udnyttelse.[20]

Udover elforsyning kan elektricitet også anvendes til opvarmningsformål. Med indførelsen af vandkraft i 1993 blev det rentabelt at anvende elektricitet til rumopvarmning.[21] Elvarme anvendes nu i byer med adgang til vandkraft enten via elektriske radiatorer eller via elektrokedler på varmecentraler (fjernvarme). I byerne er fjernvarme udbredt, og andelen af fjernvarme baseret på elektricitet er stigende.[22] Nukissiorfiit ejer også fjernvarmeværkerne i Grønland.

2.4. Det fremtidige erhvervssigte

Billig energi er stadigt et aktiv, og der findes industri, der flytter sin produktion efter billig energi. Aluminiumsproduktion er et eksempel herpå. F.eks. har man i Island opført Kárahnjúkar Hydropower Plant med henblik på energiforsyning til et aluminiumsværk i det østlige Island. Værket er ejet af den amerikanske aluminiumsproducent Alcoa.

Andre typer af energiintensive virksomheder kan ikke flytte efter energipriser, men energiomkostninger er et naturligt led i erhvervsvirksomheders beslutning om, hvor investeringer skal placeres. Det er f.eks. tilfældet med miniprojekter.

Det er tanken med den nye vandkraftlov, at også private investorer skal kunne etablere vandkraftværker (»eksterne investeringer«), f.eks. i forbindelse med miner eller storindustri som aluminiumssmeltere.[23] Privat ejerskab har den fordel, at det Grønlandske Selvstyre slipper for at finansiere investeringen og bære risikoen herved.

Tanken om private ejere og dermed investorer er ikke ny. I forbindelse med opførelsen af det første vandkraftværk ved Nuuk blev det drøftet at an-

20. Der var planer om et zinkraffinaderi, der dog ikke blev etableret. Se Grønlands Hjemmestyre/Erhvervsdirektoratet: Redegørelse om energiintensiv industri i Grønland, 2006, s. 4.
21. http://www.nukissiorfiit.gl/nukissiorfiit/oqaluttuarisaaneq/?lang=da.
22. Se Nukissiorfiit: Årsberetning 2012, s. 31.
23. De almindelige bemærkninger til lovforslaget, punkt 1.

vende en BOT-kontrakt. Projektet blev dog gennemført med det daværende Hjemmestyre som bygherre ved lånefinansiering og en normal totalentreprisekontrakt om bygningen af anlægget. Et privat konsortium fik dog en 15-årig driftskontrakt.[24]

Og Grønland har et behov for at tiltrække ny industri. Grønland er aktuelt meget afhængig af én sektor – fiskeriet. Samtidig er de økonomiske fremtidsudsigter problematiske. Vandkraft kunne være ét af de aktiver, der kunne være med til at skabe nye arbejdspladser og indtægter.[25]

2.4.1. Eksempler Alcoa

I en årrække har der været forhandlet om mulighederne for at etablere en aluminiumssmelter ved Maniitsoq, det såkaldte Alcoa-projekt.[26] Dette har pågået siden 2006, hvor the Alcoa Aluminium Company kontaktede det daværende Grønlands Hjemmestyre.[27] Projektet omfatter en produktionsvirksomhed til produktion af aluminium på basis af aluminiumsoxid, der importeres til Grønland fra aluminiumraffinaderier, der forestår udvindingen af aluminiumsoxid af jordarten bauxit. Produktionsanlægget forventes at få en kapacitet på 340.000 tons pr. år. Kernen i projektet er etableringen af formodentlig to vandkraftværker med en samlet effekt på mere end 650 MW og en årlig produktion på over 5,5 mia. kWh. Hertil kommer etablering af dels transmissionsledninger fra vandkraftværkerne til aluminiumsværket, dels havnefaciliteter ved aluminiumsværket. Der er udfærdiget en strategisk miljøvurdering af projektet på et foreløbigt stadium, hvor der stadig opereres med flere placeringsmuligheder for forskellige dele af anlægget, herunder vandkraftstationer.[28]

Muligheden for etablering af en aluminiumssmelter anses politisk for så interessant, at man i den grønlandske regering tilbage i maj 2007 »reserverede« potentiel vandkraftkapacitet til projektet – et såkaldt Memorandum of

24. http://ing.dk/artikel/gronlands-forste-store-vandkraftvaerk-af-j-raae-andersen-og-Elisabeth-teisen-6728.
25. Se generelt Udvalget for samfundsgavnlig udnyttelse af Grønlands naturressourcers rapport: Til gavn for Grønland, 2014. Tilgængelig på http://nyheder.ku.dk/groenlands-naturressourcer/rapportogbaggrundspapir/.
26. Se også Anne Merrild Hansen: Beslutning om placering af en aluminiumssmelter, tidsskriftet Grønland, 2011, Vol. 59, bind 4, s. 268-278.
27. Også Hydro har været interesseret i at etablere et aluminiumsværk i Grønland. Således indgik Grønlands Hjemmestyre og Hydro en aftale om et forstudie for et muligt aluminiumsværk i Grønland i 2007. Se pressemeddelelse på: http://www.ft.dk/samling/20061/almdel/ugf/bilag/63/337631.pdf.
28. Se herom på www.smv.gl, der primært indeholder dansksproget materiale.

understanding, der giver Alcoa forrang til visse vandkraftressourcer.[29] Projektet vil angiveligt skabe 5-600 blivende arbejdspladser i Grønland.

Bliver aluminiumssmelteren etableret, vil de tilhørende vandkraftværker være omfattet af den nye vandkraftlov. Loven er netop udfærdiget med henblik på at kunne håndtere en situation, hvor private ønsker at udnytte vandkraftressourcer. I tidlige udgaver af lovbemærkningerne var Alcoa-projektet eksplicit omtalt. Efter en høringsrunde, hvori det problematiske i at omtale et konkret projekt i en generel lovs bemærkninger blev bemærket, blev henvisningerne til Alcoa-projektet imidlertid fjernet.

2.4.2. Minedrift

Som en del af en tilladelse til råstofudvinding (udnyttelsesplanen) kan den grønlandske regering give tilladelse til etablering af et energianlæg (f.eks. et vandkraftværk), som skal forsyne udvindingsanlægget. Den konkrete tilladelse til vandkraftressourcen skal dog behandles efter lovgivningen om udnyttelse af vandkraftressourcer, dvs. den nye vandkraftlov.

Tilladelsen kan bl.a. betinges af, at andre rettighedshavere kan tilsluttes anlægget. Det vil bl.a. være relevant, hvor et enkelt mineprojekt ikke kan udnytte hele vandkraftressourcen.

I et af de mineprojekter, der tidligere har været tæt på realisering – jernminen ved Nuuk – viste muligheden for at benytte vandkraft dog ikke at være realistisk. Det pågældende mineselskab (London Mining) ønskede i stedet at benytte fossile brændsler, hvilket formodentligt ville indebære en hurtigere etablering og lavere anlægsinvestering. Udnyttelse af vandkraft er i overensstemmelse hermed ikke omtalt i udnyttelsesaftalen. Derimod er der eksplicit taget forbehold for, at der kan gives tilladelse til, at andre indenfor licensområdet varetager »Production of electricity or energy or transport of electricity or energy or related activities or matters under any licence, agreement, memorandum of understanding or similar instrument.«[30]

29. Se http://www.alcoa.com/greenland/en/proposed_smelter/project_background.asp.
30. Afsnit 8.04 i Government of Greenland: Exclusive Licence No. 2013/31 For Exploitation of Certain Mineral Resources in Areas at Isukasia in West Greenland, October 2013.

3. Den nye vandkraftlovgivning

Den 1. januar 2010 trådte den nye grønlandske vandkraftlov[31] i kraft. Loven er udstedt af det grønlandske parlament (Inatsisartut).

Vandkraftudnyttelse ses med den nye lovgivning på linje med udnyttelse af mineralforekomster som noget, der kan bidrage til »erhvervsudvikling med henblik på at skabe en selvbærende økonomi«.[32] Der er således et erhvervspolitisk sigte med den nye lovgivning. Som ovenfor beskrevet synes potentialet for byforsyning med vandkraft da også pt. allerede at være udnyttet. Der ville ikke have været det store behov for en grundlæggende ændring i vandkraftlovgivningen, hvis der ikke havde været et nyt sigte. Der er endnu ikke etableret vandkraftværker på baggrund af en tilladelse givet efter den nye vandkraftlov.

3.1. Selvstyrets eneret

Efter vandkraftlovens § 3 har Grønlands Selvstyre eneret til forundersøgelse og udnyttelse af vandkraftressourcer til produktion af energi. Heri ligger retten til at give koncessioner, jf. lovens § 4. Udnyttelse af en vandkraftressource forudsætter således tilladelse fra Naalakkersuisut. Loven finder efter § 2 anvendelse på vandkraftressourcer med en skønnet kapacitet på 1 MW eller derover.[33]

Loven åbner imidlertid eksplicit mulighed for koncession (tilladelse) til private aktører.[34] Dermed brydes der potentielt med det princip, at selvstyret (gennem sin forsyningsvirksomhed) selv har ejet større vandkraftanlæg.

3.2. Tilladelse til udnyttelse af vandkraft

Vandkraftloven er en rammelov, der skal udfyldes af bestemmelser i de konkrete tilladelser. Således fremgår det af lovens § 8, stk. 1, at:

> »Tilladelse til forundersøgelse og udnyttelse kan meddeles til nettostyrede virksomheder, anparts- eller aktieselskaber samt lignende selskabsformer, der driver virksomhed i medfør af tilladelse til forundersøgelse og udnyttelse efter denne inatsisartutlov.«

Med nettostyrede virksomheder tænkes især på Nukissiorfiit.

31. Lov nr. 12 af 1. december 2009 om udnyttelse af vandkraftressourcer til produktion af energi.
32. De almindelige bemærkninger til lovforslaget, afsnit 1.
33. Retten til at etablere mindre anlæg er ureguleret men vil kræve tilladelse fra den grønlandske regering i kraft af dennes rolle som »grundejer«.
34. Indtil videre er der ikke givet tilladelse til private aktører.

En tilladelse meddeles først som en forundersøgelsestilladelse med eneret. Varigheden er lovfæstet til maksimalt tre år, jf. lovens § 5, stk. 1. Efter forundersøgelsestilladelsens ophør skal alle data tilvejebragt under forundersøgelsen fremsendes til Naalakkersuisut.

Opfyldes vilkårene i forundersøgelsestilladelsen, gives der ret til udnyttelsestilladelse på nærmere fastsatte vilkår. Ansøgning om udnyttelsestilladelse skal blot være indsendt senest ét år efter udløbet af forundersøgelsestilladelsen, jf. § 5. *Varigheden* af en tilladelse er op til 40 år, jf. lovens § 7, stk. 3. Som udgangspunkt vil tilladelsen blive meddelt som en eneret, men hvis det påtænkte projekt ikke kan udnytte hele vandressourcen, kan der gives flere tilladelser. Det er op til Naalakkersuisut at fastlægge den nøjagtige varighed. I betragtning af størrelsen af anlægsinvesteringer, der er forbundet med et vandkraftanlæg, må det forventes, at rammen på 40 år udnyttes fuldt ud. Når halvdelen af tilladelsesperioden er forløbet, skal der ske forhandlinger om eventuel forlængelse. Tilladelsen kan forlænges med op til 20 år, jf. lovens § 10, stk. 1.

Det følger af vandkraftlovens § 19, at *overdragelse* af en forundersøgelses- eller udnyttelsestilladelse kun kan ske med Naalakkersuisuts godkendelse. Godkendelseskravet gælder ved såvel direkte overdragelse af tilladelsen til en anden virksomhed, som ved overtagelse af den virksomhed, der besidder tilladelsen, jf. lovforslagets specielle bemærkninger til § 19. Endvidere følger det af § 19, at en forundersøgelses- eller udnyttelsestilladelse ikke kan belånes, stilles til sikkerhed eller gøres til genstand for nogen form for kreditorforfølgning.

For såvel forundersøgelses- som udnyttelsestilladelse er det en forudsætning, at den ansøgende virksomhed har *hjemsted* i Grønland. For forundersøgelsesperioden kan Naalakkersuisut dispensere for hjemstedskravet. Tilsvarende dispensationsmulighed eksisterer ikke for udnyttelsestilladelsen, jf. lovens § 8 modsætningsvis og lovforslagets specielle bemærkninger til § 8. Hjemstedskravet er begrundet i et ønske om, at selskabsskat og indkomstskat betales i Grønland, jf. lovforslagets specielle bemærkninger til § 8.

3.3. Ejerskab til anlægget

Det følger af bestemmelserne i vandkraftlovens § 8, stk. 3, at en udnyttelsestilladelse til vandkraft *kun kan meddeles til en virksomhed, der selv ejer vandkraftanlægget* »samt alle de dertil hørende indretninger, herunder dæmninger, kanaler, tunneler, bassiner, rørledninger, turbiner, transmissionsledninger m.v. til brug for produktion af energi i henhold til den meddelte tilladelse«. Eneste undtagelse er anlæg, der er ejet af det grønlandske selvstyre. Modsætningsvis kræves denne ejendoms- og dispositionsret ikke i forbindelse med forunder-

søgelsestilladelser. Der er således mulighed for, at virksomheder, der er specialiseret i at udvikle projekter, kan få forundersøgelsestilladelse.

Endvidere stilles der ikke krav om, at indehaveren af en udnyttelsestilladelse (i det følgende koncessionshaver) selv skal udnytte energien. Der er således åbnet op for institutionelle investorer og egentlige energiselskaber.

3.4. Hjemfaldsret

Vandkraftlovens kapitel 5 (§§ 12-14) indeholder særlige bestemmelser om *hjemfaldsret*.[35] Da hjemfaldsretten er til fordel for Grønlands Selvstyre, finder reglerne kun anvendelse for ikke-selvstyreejede anlæg. Vandkraftloven fastsætter et generelt krav om muligt hjemfald. Efter lovens § 12, stk. 1 er det overladt til Naalakkersuisut »ved udløbet af tilladelsen« at beslutte, om der skal ske hjemfald.[36] Hjemfaldet omfatter »vandkraftanlægget samt alle de hertil hørende indretninger, herunder dæmninger, kanaler, tunneler, bassiner, rørledninger, turbiner, transmissionsledninger, infrastruktur m.v. samt boliger og udstyr i tilknytning til drift af vandkraftanlægget« og skal ske uden vederlag. Som lovbestemmelsen er formuleret, kan Naalakkersuisut næppe allerede ved udstedelse af tilladelsen fraskrive sig hjemfaldsret. Alternativet til hjemfald er, at tilladelsen eventuelt forlænges, jf. ovenfor, eller at koncessionshaver foretager nedlukning i henholdt til tilladelsens vilkår. Hvis der allerede er givet forlængelse af tilladelsen i 20 år, skal værket enten hjemfalde eller nedlukkes. Efter hjemfald har Naalakkersuisut dog mulighed for at sælge værket i kraft af almindelige ejerbeføjelser[37] eller at udleje det, jf. lovens § 14. Begge dele kan ske til den tidligere koncessionshaver.

Det følger af vandkraftlovens § 12, stk. 5, at i de situationer, hvor vandkraftanlægget ikke hjemfalder til Grønlands Selvstyre, skal koncessionshaver »foretage nedlukning af vandkraftanlægget i overensstemmelse med de af Naalakkersuisut fastsatte regler herom og vilkår fastsat i tilladelsen«. Det bliver dermed et forhandlingsspørgsmål i forbindelse med koncessionsaftalen, hvilke nedlukningsomkostninger koncessionshaver eventuelt skal afholde,

35. Hjemfaldsordningens grundprincip er, at private koncessionshavere ved koncessionsperiodens udløb skal tilbagelevere ejerskabet vederlagsfrit til staten. Hjemfaldsret kendes også fra overdragelse af fast ejendom, f.eks. i København (kommunal hjemfaldsret). Hjemfaldsret for vandkraftværker er bl.a. kendt fra Norge, hvor det har været anvendt siden 1909.
36. Lovens § 11 åbner dog mulighed for, at Naalakkersuisut og koncessionshaver forinden tilladelsens udløb kan aftale hjemfald. Dette kunne f.eks. være relevant, hvis en mine eller et industrianlæg stoppede produktionen før koncessionsperiodens udløb.
37. Ejerbeføjelserne er ikke reguleret i vandkraftloven og følger således almindelige regler.

hvilket giver den til enhver tid siddende grønlandske regering mulighed for at beslutte, at udgifterne til nedlukning skal afholdes af det grønlandske samfund. Gennemfører koncessionshaver ikke de aftalte nedlukningsforanstaltninger, kan disse gennemføres af den Grønlandske regering på indehaverens vegne og for dennes regning og risiko, jf. lovens § 18, stk. 2.

4. Privat eller offentligt ejerskab

Etablering af vandkraftværket repræsenterer en stor irreversibel investering. Skal en sådan investering foretages af det private eller det offentlige? Spørgsmålet kan næppe besvares entydigt.

Man kan betragte investering i elproduktion som et strategisk tiltag, som det offentlige som minimum må have en interesse i bliver gennemført. Det er dog ikke ensbetydende med, at det offentlige selv skal foretage investeringen. Men det kan blive nødvendigt, bl.a. hvis ingen andre vil.

Afstår man fra investeringen, er risikoen, at investeringen ikke bliver foretaget, eller ikke foretages samfundsmæssigt mest hensigtsmæssigt. Det kan f.eks. medføre valg af teknologi, der er mindre miljøvenlig, end hvis det offentlige havde foretaget investeringen.

Men det er også et spørgsmål om en økonomisk risiko.[38] Energiintensive industrianlæg inklusive miner vil ofte have en noget kortere levetid end et vandkraftværk. Vandkraftværket er derfor ikke nødvendigvis afskrevet, når »kunden« lukker og slukker.

Samtidig kan vandkraftværket som i eksemplet med Alcoa-projektet have så stor en kapacitet, at der reelt ikke findes alternative afsætningsmuligheder for kapaciteten, medmindre det er lykkedes at tiltrække anden energiintensiv industri til området. Ejeren af vandkraftværket løber derfor en stor risiko. Denne risiko kunne reduceres ved at investere i et fossilt kraftværk med lavere anlægsudgifter, jf. eksemplet fra jernmineprojektet ovenfor i afsnit 2.4.2.

5. Afsluttende bemærkninger

Etableringen af vandkraft er foregået i Grønland gennem de seneste godt 20 år. Hidtil har forsyningen været rettet mod de grønlandske byer, og det må anta-

38. Grønlands Hjemmestyre/Erhvervsdirektoratet: Redegørelse om energiintensiv industri i Grønland, 2006, s. 37.

ges, at der for nuværende ikke kan ske etablering af nye værker med henblik på byforsyning, omend eksisterende værkers kapacitet eventuelt kan udvides.

En yderligere udbygning vil i givet fald skulle ske med henblik på at forsyne særlig energiintensiv industri. En sådan industri er imidlertid endnu ikke etableret, og det er uvist, hvorvidt der vil komme energiintensiv industri til Grønland. Og kommer den, er det uvist, hvorvidt den vil anvende vandkraft. Bliver der etableret vandkraft med henblik på at forsyne energiintensiv industri, vil vandkraften skulle have en sådan kapacitet, at der ikke i Grønland vil kunne findes anden anvendelse til den end netop energiintensiv industri. Disse forhold udgør reelt en barriere mod yderligere udbygning med vandkraft.

Det må give Selvstyret anledning til nøje at overveje, hvorvidt man selv vil stå for etableringen af det pågældende vandkraftanlæg, eller om man vil overlade det til private interesser. Anlægsudgifternes samlede størrelse og dermed risikoen er en del af beslutningsgrundlaget hos mineselskabet eller industrivirksomheden for, om et projekt i Grønland i det hele taget skal gennemføres. For den pågældende investor er det en fordel, om det grønlandske selvstyre eller andre vil overtage risikoen ved investering i et kraftværk. Dermed bliver det grønlandske selvstyres risikovillighed på vandkraftområdet en del af den samlede pakke, der skal tiltrække investeringer, og dermed sikre Grønlands fremtidige økonomiske bæredygtighed.

Selvrepression, LGBT-personer og EMRK art. 3 og 8

af Peter Starup og Bassah Khalaf

1. Emne og tilrettelæggelse

I 2012 og 2013 var de såkaldte »konvertitflygtninge« genstand for betydelig opmærksomhed i såvel pressen som i den akademiske debat. Flygtningenævnets praksis havde i en årrække bygget på en mere eller mindre eksplicit forudsætning om, at muslimer, som efter flugten fra hjemlandet var konverteret til kristendom, kunne pålægges »selvrepression«.[1] Som begrundelse for at give afslag på en ansøgning om asyl antoges det således, at den enkelte konvertit blot kunne skjule eller udøve diskretion i udøvelsen af sin kristne tro i hjemlandet. I 2012 ændrede Flygtningenævnet praksis, således at der nu foretages en konkret vurdering af, om situationen i hjemlandet sandsynliggør, at en asylansøger ved manifestering af sin kristne tro i hjemlandet vil påkalde sig forfølgelsesaktørernes opmærksomhed og dermed være i risiko for forfølgelse efter UDL § 7, stk. 1, eller overgreb efter UDL § 7, stk. 2.[2] En grundig redegørelse for forløbet er givet af Jesper Lindholm, »Konvertitflygtninge i dansk asylpraksis« i Gammeltoft-Hansen m.fl. (red.), *Protecting the Rights of Others – Festskrift til Jens Vedsted-Hansen* (2013), s. 609 ff.

Selvrepression er også relevant for »LGBT-personer« (fællesbetegnelse for lesbiske, bøsser, biseksuelle og transseksuelle). Et vigtigt spørgsmål er, om art. 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«) er til hinder for, at der efter UDL § 7, stk. 2, gives afslag på asyl under henvisning til, at en LGBT-person blot kan skjule eller udøve diskretion i udøvelsen af sin seksualitet i hjemlandet.[3] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »EMD«) afsagde i 2004 to afvisningsafgørelser (omtalt nærmere nedenfor under 4), der gav indtryk af, at et implicit pålæg af selvrepression ikke i sig selv er i strid med EMRK art. 3.

1. Se også UNHCR, *Religion-Based Refugee Claims* (2004), s. 11, pkt. 30.
2. Medmindre andet er anført, henviser »UDL« til lovbkg. nr. 1021/2014 af udlændingeloven.
3. Se også Jesper Lindholm, *Danske Asylafgørelser* (2014), s. 324 ff.

Siden 2004 er der i såvel international statspraksis som i retspraksis fra Den Europæiske Unions Domstol (herefter »EUD«) sket en bevægelse i retning af afstandstagen fra eksplicitte eller implicitte pålæg af selvrepression over for LGBT-personer. Sag *M.E. mod Sverige* (sagsnr. 71398/12) var derfor imødeset med spænding, eftersom EMD i denne sag havde lejlighed til at gøre op med sin tidligere praksis på området.[4] EMD's Storkammer besluttede imidlertid i dom af 8. april 2015 at slette klagen fra sagslisten under henvisning til, at sagen i henhold til EMRK art. 37, stk. 1, litra b, fandtes at være blevet løst, eftersom klageren havde fået tidsubegrænset opholdstilladelse i Sverige.

Sagen drejede sig om en libysk statsborger, der havde boet i Sverige siden 2010, hvor han ansøgte om asyl. Først med den begrundelse, at han frygtede forfølgelse på grund af sin deltagelse i ulovlig transport af våben. Nogle måneder senere tilføjede han til ansøgningen om asyl, at han var homoseksuel, og at han havde giftet sig med en mand. De svenske udlændingemyndigheder meddelte afslag på hans anmodning, idet han havde givet modstridende udtalelser, og fordi hans historie manglede troværdighed. Myndighederne fandt ingen hindring for hans tilbagevenden til Libyen, hvorfra han kunne ansøge om opholdstilladelse i Sverige på grund af sine familiemæssige bånd og ægteskab. Da han senere fik tidsubegrænset opholdstilladelse i Sverige på baggrund af en fornyet vurdering af situationen i Libyen, valgte EMD som nævnt at slette klagen fra sagslisten.

Sigtet med den foreliggende artikel er i første række at redegøre for den diskrepans, der synes at være blevet skabt mellem den seneste EMD-praksis på området, der som nævnt er fra 2004, og den praksis, som i de senere år er blevet fastlagt af nationale og internationale domstole. Artiklens sigte er i anden række at undersøge, om *M.E. mod Sverige* kan siges at være udtryk for en fastholdelse af EUD's 2004-praksis, og at drøfte, om EMD burde have realitetsbehandlet sagen.

Som baggrund for den videre undersøgelse redegøres først for udviklingen i statspraksis (afsnit 2) hhv. retspraksis fra Den Europæiske Unions Domstol (herefter »EUD«) om selvrepression og LGBT-personer (afsnit 3), hvorefter EMD's 2004-praksis omtaltes (afsnit 4). Herefter redegøres for det konkrete sagsforløb i *M.E. mod Sverige*, de svenske myndigheders begrundelse for at

4. Se hertil de skriftlige bemærkninger fra FIDH (Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme), ICJ (International Commission of Jurists) og ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association). Se https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh-icj-ilga_europe_intervention_-_me_v_sweden_-_app_no_71398_-_12_-_9th_april_2013.pdf.

ændre holdning samt EMD's begrundelse for at slette sagen fra domslisten (afsnit 5). Til sidst følger en række afsluttende bemærkninger (afsnit 6).

2. Udviklingen i statspraksis om selvrepression og LGBT-personer

2.1. S395/2002 and S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs [2003] HCA 71 (9. december 2003)

Denne dom, der er afsagt af Australiens *High Court*, omhandler en klassisk problemstilling: To homoseksuelle mænd fra Bangladesh havde fået afslag på asyl under henvisning til, at de tidligere havde levet »diskret« i hjemlandet i en lang periode, og at der intet var til hinder for, at de kunne gøre det samme igen.

Tre højesteretsdommere stadfæstede afslagene under henvisning til, at de pågældendes diskretion måtte antages at have været »frivillig« (pr. 110). Flertallet, der bestod af fire højesteretsdommere, der delte sig i to grupper, fandt omvendt, at afslagene skulle ophæves, og at sagerne skulle hjemsendes til fornyet behandling. Den ene gruppe (Mchugh og Kirby) anvendte en begrundelse, der – som det vil fremgå af de følgende afsnit – har fundet tilslutning i andre staters praksis. I dommens pr. 88 udtalte de følgende:

» [...] The Tribunal did not ask *why* the appellants would live "discreetly". It did not ask whether the appellants would live "discreetly" because that was the way in which they would hope to avoid persecution. That is, the Tribunal was diverted from addressing the fundamental question of whether there was a well-founded fear of persecution by considering whether the appellants were likely to live as a couple in a way that would not attract adverse attention. That the Tribunal was diverted in that way is revealed by considering the three statements in its reasons that are referred to earlier: first, that it is *not* possible to "live *openly* as a homosexual in Bangladesh"; secondly, that "[t]o attempt to [live openly] would mean to face problems"; and, thirdly, that "Bangladeshi men can have homosexual affairs or relationships, *provided they are discreet*". Nowhere did the Tribunal relate the first and second of these statements to the position of the appellants. It did not consider whether the adverse consequences to which it referred sufficed to make the appellants' fears well founded. All that was said was that they would live discreetly.«

Præmissen bygger på en forudsætning om, at det ikke er et tilstrækkeligt argument for at give afslag på asyl, at den pågældende kan forventes at udøve selvrepression. Hvis den pågældende udelukkende må antages at ville være »diskret«, fordi vedkommende ønsker at udgå forfølgelse, forholder sagen sig anderledes, end hvis vedkommende under alle omstændigheder ville være »diskret«.

2.2. HJ (Iran) and HT (Cameroun) v. Secretary of State of the Home Department (2010) UKSC (7. juli 2010)

I denne dom, der er afsagt af *Supreme Court* i UK, gav højesteretsdommer Rodger en anvisning på den fremgangsmåde, som udlændingemyndighederne fremadrettet skal følge i sager, hvor homoseksuelle mænd ansøger om asyl på grundlag af FN's Flygtningekonventions art. 1A(2). Fremgangsmåden, der findes i dommens præmis 82 og fik opbakning blandt de øvrige dommere, er som følger:

»When an applicant applies for asylum on the ground of a well-founded fear of persecution because he is gay, the tribunal must first ask itself whether it is satisfied on the evidence that he is gay, or that he would be treated as gay by potential persecutors in his country of nationality.

If so, the tribunal must then ask itself whether it is satisfied on the available evidence that gay people who lived openly would be liable to persecution in the applicant's country of nationality.

If so, the tribunal must go on to consider what the individual applicant would do if he were returned to that country. If the applicant would in fact live openly and thereby be exposed to a real risk of persecution, then he has a well-founded fear of persecution – even if he could avoid the risk by living "discreetly".

If, on the other hand, the tribunal concludes that the applicant would in fact live discreetly and so avoid persecution, it must go on to ask itself *why* he would do so.

If the tribunal concludes that the applicant would choose to live discreetly simply because that was how he himself would wish to live, or because of social pressures, e g, not wanting to distress his parents or embarrass his friends, then his application should be rejected. Social pressures of that kind do not amount to persecution and the Convention does not offer protection against them. Such a person has no well-founded fear of persecution because, for reasons that have nothing to do with any fear of persecution, he himself chooses to adopt a way of life which means that he is not in fact liable to be persecuted because he is gay.

If, on the other hand, the tribunal concludes that a material reason for the applicant living discreetly on his return would be a fear of the persecution which would follow if he were to live openly as a gay man, then, other things being equal, his application should be accepted. Such a person has a well-founded fear of persecution. To reject his application on the ground that he could avoid the persecution by living discreetly would be to defeat the very right which the Convention exists to protect – his right to live freely and openly as a gay man without fear of persecution. By admitting him to asylum and allowing him to live freely and openly as a gay man without fear of persecution, the receiving state gives effect to that right by affording the applicant a surrogate for the protection from persecution which his country of nationality should have afforded him.«

Som det ses, er det centrale aspekt – ligesom i den australske højesteretsdom – *hvorfor* den pågældende vil kunne forventes at leve »diskret« (dvs. udøve

selvrepression). At den australske dom spillede en vigtig rolle i den britiske dom fremgår bl.a. af pr. 66 og 81 i den sidstnævnte dom.

Det fremgår af den citerede præmis, at der under visse omstændigheder kan gives afslag under henvisning til muligheden for at udøve selvrepression: Der er dem, som under alle omstændigheder ville pålægge sig selvrepression, hvis de blev sendt tilbage. De frygter måske at blive udstødt fra familien, og de trives, alt taget i betragtning, bedst med at leve et »dobbeltliv«. Da de under alle omstændigheder ville undgå forfølgelse, hvis de blev sendt tilbage, kan man med sindsro give dem afslag på asyl. Omvendt er der dem, der føler en stærk trang til at være åbne om deres seksualitet. De underlægger sig udelukkende selvrepression pga. frygt for forfølgelse og skal derfor gives asyl.

2.3. Norsk højesteretsdom (Rt-2012-494)[5]

I denne dom udtaler dommer Indreberg – med tilslutning fra de øvrige fire dommere – følgende om det vurderingstema, der skal anvendes ved vurdering af en asylansøgning, der bygger på en henvisning til ansøgerens seksuelle orientering (pr. 56-57, vores kursivering):

»Etter mitt skjønn taler det samlede rettskildebildet for å nærme seg spørsmålet i det vesentlige på samme måte som det gis anvisning på i den britiske høyesterettsdommen. Jeg viser til det jeg tidligere har utledet av flyktningkonvensjonens ordlyd, lest i lys av formålet. I tillegg legger jeg vekt på at også Sverige og Finland har lagt seg på en praksis som langt på vei bygger på det vurderingstemaet som oppstilles i dommen – en praksis som også er foreslått av UDI og synes fulgt av UNE. Det skal altså ikke legges til grunn at asylsøkeren vil tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer når det gjelder seksuell orientering. Det må i stedet spørres om søkeren virkelig er homofil eller vil bli oppfattet som homofil av potensielle forfølgere i hjemlandet. Videre må det undersøkes om homofile som er åpne om sin seksuelle orientering i hjemlandet, er utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand. Dersom det er tilfellet, må det vurderes hva den enkelte søker ville gjøre hvis han eller hun ble returnert til hjemlandet. *Hvis søkeren ville være åpen om sin seksuelle orientering, har han eller hun en velbegrunnet frykt for forfølgelse, selv om forfølgelse kunne vært unngått ved å holde den seksuelle orienteringen skjult. Dersom søkeren derimot ville skjult sin seksuelle orientering og på den måten unngå forfølgelse, må det undersøkes hva som er årsaken til dette. Hvis årsaken er at han eller hun selv mener det er riktig å holde den seksuelle legningen skjult, skal søknaden avslås. Det samme gjelder dersom årsaken er sosialt press – såfremt sanksjonene ikke er av en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse. Er det derimot frykten for forfølgelse som er årsaken til at søkeren velger å skjule sin seksuelle identitet, må kravet om « velbegrunnet frykt for forfølgelse »anses oppfylt.*«

5. Se også omtalen af dommen hos Jesper Lindholm, *Danske Asylafgørelser* (2014), s. 332-333.

Som det ses af de kursiverede dele af præmissen, bygger den norske højesteretsdom ligesom de øvrige domme på en forudsætning om, at asylansøgere, der underlægger sig selvrepression pga. frygt for forfølgelse, skal gives asyl.

3. EUD-praksis om selvrepression og LGBT-personer

3.1. Indledende om EU-kvalifikationsdirektivet

Rådet vedtog den 29. april 2004 direktiv 2004/83/EF om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse (herefter »kvalifikationsdirektivet«).[6]

Direktivets formål var dels at sikre, at medlemsstaterne anvender fælles kriterier til identifikation af personer, som reelt har behov for international beskyttelse, og dels at sikre, at der findes et minimum af ydelser til fordel for disse personer i alle medlemsstater.[7] Målsætningen med den indbyrdes tilnærmelse af reglerne for anerkendelse og indhold af flygtningestatus og subsidiær beskyttelse var desuden at medvirke til at begrænse asylansøgernes sekundære bevægelser mellem medlemsstaterne, hvor sådanne bevægelser udelukkende sker på grund af forskelle i de retlige rammer (»asylshopping«).[8]

Direktivet forpligter medlemsstaterne til at yde international beskyttelse til to persongrupper: For det første til konventionsflygtninge, jf. direktivets art. 13. For det andet til personer, der ikke kan anerkendes som konventionsflygtninge, men som ikke desto mindre må antages at ville løbe en reel risiko for at lide »alvorlig overlast« ved hjemsendelse til hjemlandet. Sådanne personer har krav på subsidiær beskyttelsesstatus i henhold til direktivets art. 18.

Danmark er ikke bundet af kvalifikationsdirektivet pga. retsforbeholdet, men direktivet antages ikke desto mindre at have en vis indirekte indvirkning på fortolkningen af UDL § 7.[9]

3.2. De forenede sager C-781/11 og C-99/11, *Tyskland mod Y og Z*

Den 5. september 2012 afsagde EUD dom i denne sag, der drejede sig om to pakistanske statsborgere, der tilhører det muslimske Ahmadiyya-trossam-

6. EUT L 304, s. 12.
7. Præamblens 6. betragtning.
8. Præamblens 7. betragtning.
9. Se nærmere herom Peter Starup, *Grundlæggende udlændingeret I* (2012), s. 92 f. med henvisninger.

fund, og som havde ansøgt om asyl i Tyskland. De gjorde gældende, at deres tilhørsforhold til dette trossamfund, som er en fornyelsesbevægelse inden for islam, tvang dem til at forlade deres hjemland.

De tyske asylmyndigheder gjorde for den forelæggende ret gældende, at der alene kan foreligge asylrelevant forfølgelse i tilfælde af indgreb i religionsfrihedens »kerneområde«, men ikke i tilfælde af begrænsninger i den offentlige udøvelse af troen, og at de begrænsninger for Ahmadiyya-tilhængere i Pakistan, der vedrører deres offentlige udøvelse af troen, ikke udgjorde et indgreb i religionsfrihedens »kerneområde«. Den forelæggende ret antog stort set tilsvarende, at selv om indgreb i religionsfriheden kan udgøre en »alvorlig krænkelse« af de grundlæggende menneskerettigheder som omhandlet i kvalifikationsdirektivets art. 9, stk. 1, litra a, så er det tvivlstomt, at andre indgreb i religionsfriheden end dem, der berører de »centrale elementer« i den pågældendes religiøse identitet, kan begrunde formodningen for en forfølgelse, der er relevant med henblik på tildeling af flygtningestatus.

Ifølge kvalifikationsdirektivets art. 9, stk. 1, litra a, skal forfølgelse som omhandlet i flygtningekonventions art. 1A være tilstrækkelig alvorlig på grund af sin karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder. Endvidere skal medlemsstaterne ved vurderingen af årsagerne til forfølgelse ifølge kvalifikationsdirektivets art. 10, stk. 1, litra b, tage hensyn til, at begrebet religion navnlig omfatter teistiske, ikke-teistiske og ateistiske overbevisninger, deltagelse i eller undladelse af deltagelse i privat eller offentlig gudstjeneste, enten alene eller i fællesskab med andre, andre religiøse handlinger eller udtryk for synspunkter eller former for personlig eller fællesskabspræget adfærd baseret på eller bestemt af en religiøs overbevisning. Om fortolkningen af disse bestemmelser udtalte EUD, at de handlinger, som i kraft af deres iboende alvor i sammenhæng med deres følger for den berørte person kan anses for forfølgelse, ikke skal identificeres på grundlag af elementet af religionsfrihed, som de griber ind i, men på grundlag af arten af den undertrykkelse, der udøves over den berørte, og følgerne heraf (pr. 65).

EUD tog også stilling til, om begrebet »velbegrundet frygt for forfølgelse« pga. religion i henhold til flygtningekonventionen, jf. også tilsvarende kvalifikationsdirektivets art. 2, litra c, skal fortolkes således, at ansøgerens frygt for forfølgelse er velbegrundet, når den pågældende kan undgå at blive udsat for forfølgelse i sit hjemland ved at afholde sig fra at udøve visse religiøse handlinger i dette land.

EUD bemærkede hertil, at der er tale om situationer, hvor ansøgeren ikke allerede har været udsat for forfølgelse eller været genstand for direkte trusler om forfølgelse på grund af vedkommendes religion (pr. 74). EUD henviser

i den forbindelse til, at hverken kvalifikationsdirektivets art. 2, litra c, eller art. 4, stk. 4 – hvorefter der, hvis en ansøger allerede har været udsat for forfølgelse eller alvorlig overlast eller direkte trusler om sådan forfølgelse eller sådan overlast, er god grund til at formode, at ansøgeren har en velbegrundet frygt for forfølgelse eller løber en reel risiko for at lide alvorlig overlast, medmindre der er god grund til at antage, at sådan forfølgelse eller sådan overlast ikke vil gentage sig – angiver, at der ved vurderingen af, hvor stor risikoen reelt er for at blive udsat for forfølgelse i en given sammenhæng, skal tages hensyn til den mulighed, som ansøgeren har for at undgå forfølgelse ved at afstå fra den omhandlede religiøse praksis og som følge heraf fra den beskyttelse, som direktivet har til formål at yde vedkommende gennem anerkendelsen som flygtning (pr. 78).

Henset hertil fandtes kvalifikationsdirektivets art. 2, litra c, at skulle fortolkes således, at en asylansøger har en velbegrundet frygt for forfølgelse, når de kompetente myndigheder under hensyn til den pågældendes personlige forhold finder, at det med rimelighed kan forventes, at vedkommende ved en tilbagevenden til hjemlandet vil udføre religiøse handlinger, der vil udsætte vedkommende for en reel risiko for forfølgelse, og at myndighederne i forbindelse med den individuelle vurdering af en ansøgning om flygtningestatus ikke med rimelighed kan forvente, at ansøgeren afstår fra disse religiøse handlinger (pr. 80).

Dommen angår ikke direkte selvrepression og LGBT-personer. Det var imidlertid rimeligt at antage, at princippet bag dommen også ville finde anvendelse på denne persongruppe, hvilket også er blevet bekræftet af den dom, der skal omtales i det følgende.

3.3. De forenede sager C-199/12-C201/12, *X, Y og Z*

I denne dom, der er afsagt den 7. november 2013, skulle EUD tage stilling til, om kvalifikationsdirektivets art. 10, stk. 1, litra d, sammenholdt med direktivets art. 2, litra c, skal fortolkes således, at det ikke med rette kan forventes, at en asylansøger holder sin homoseksualitet skjult for at undgå at blive forfulgt i sit hjemland eller udviser tilbageholdenhed i forhold til at give udtryk for denne seksuelle orientering.

EUD fandt det vigtigt at fastslå, at et krav om, at medlemmerne af en bestemt social gruppe, som har samme seksuelle orientering, holder denne orientering skjult, er i strid med selve anerkendelsen af et karakteristisk træk, der er så grundlæggende for deres identitet, at de pågældende ikke bør tvinges til at give afkald derpå, og at det derfor ikke er tilladeligt at forvente, at en asylansøger holder sin homoseksualitet skjult for at undgå at blive forfulgt i sit hjemland (pr. 70-71).

3.4. Er *X, Y og Z* mere vidtgående end antaget i statspraksis?

X, Y og Z forekommer at gå et skridt videre end den omtalte statspraksis, da dommen ikke synes at åbne for, at der gives afslag under henvisning til muligheden for at pålægge sig selvrepression. I *X, Y og Z* synes EUD at knæsætte et princip, hvorefter det er irrelevant, om en person kan undgå forfølgelse ved at udvise diskretion, og at dette gælder i både den private og offentlige sfære.

4. EMD's 2004-praksis, der anerkender selvrepression som afslagsgrundlag

I det følgende omtaltes afvisningsafgørelse af 22. juni 2004, *F mod UK* (sagsnr. 17341/03), og afvisningsafgørelse af 9. december, *I.I.N. mod Holland* (sagsnr. 2035/04).

Begge sager vedrørte iranske statsborgere, der havde ansøgt om asyl under henvisning til at de var homoseksuelle. I *F mod UK* fandt EMD, at det var yderst usandsynligt, at homoseksuel adfærd i den *private* sfære ville føre til mishandling eller chikane fra myndighederne. EMD undersøgte baggrundsoplysninger om Iran, hvoraf den seneste var fra 2003 og konkluderede, at det på baggrund af disse rapporter ikke kunne konkluderes, at der forelå en forfølgelsesrisiko fra myndighederne under henvisning til homoseksualitet. EMD konkluderede derfor, at et spinkel og hypotetisk grundlag for overtrædelse af EMRK art. 3 ikke kunne føre til andet resultat, og at selvom Iran ikke beskytter homoseksuelles menneskerettigheder, selvom homoseksuelle tilhører en sårbar gruppe, der risikerer overgreb, talte ingen vægtige grunde for at konkludere, at der forelå en reel risiko for overgreb i strid med art. 3. Den samme konklusion nåede EMD frem til i *I.I.N. mod Holland.*

I *F mod UK* bemærkede EMD følgende:

»As regards the applicant's right to physical and moral integrity, the Court recalls that it found above that the applicant had not shown that he was at real risk of ill-treatment by the authorities. Insofar as it is apparent that he would live under a ban against homosexual adult consensual relations, which would in Contracting States disclose a violation of Article 8 of the Convention (see *Dudgeon v. United Kingdom*, judgment of 24 February 1981, Series A no. 45), the Court observes that its case-law has found responsibility attaching to Contracting States in respect of expelling persons who are at risk of treatment contrary to Articles 2 and 3 of the Convention.

This is based on the fundamental importance of these provisions, whose guarantees it is imperative to render effective in practice (see e.g. *Soering v. the United Kingdom*, cited above, § 88). Such compelling considerations do not automatically apply under the other provisions of the Convention. On a purely pragmatic basis, it cannot be required that an

expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention.

The Court finds in the circumstances of this case that it has not been established that the applicant's moral integrity would be substantially affected to a degree falling within the scope of Article 8 of the Convention (see *mutatis mutandis, Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, ECHR 2001-I, para. 48).«

Det følger af citatet, at en person, som ansøger om asyl under påberåbelse af sin homoseksuelle orientering, ikke kan forvente at have ret til at leve i sit hjemland på samme måde, som den pågældende ville kunne leve i den konventionsstat, hvor vedkommende har anmodet om asyl. Ræsonnementet bygger på EMRK art. 8, men konsekvensen bliver under alle omstændigheder, at der efter eksisterende EMD-praksis kan gives afslag på en asylansøgning under henvisning til, at den pågældende kan udøve selvrepression. Kontrasten til X, Y og Z er stærk, idet EUD i denne dom som nævnt udtalte, at homoseksualitet er et så grundlæggende træk for de pågældendes identitet, at de ikke bør tvinges til at give afkald derpå ved at holde deres seksualitet skjult for at undgå at blive forfulgt i deres hjemland

5. Dom af 8. april 2015, *M.E. mod Sverige* (sagsnr. 71398/12)

5.1. Sagsforløbet i *M.E. mod Sverige*

Sagen omhandlede en libysk statsborger (S), der i juli 2010 ansøgte om asyl i Sverige.

I august 2010 blev der afholdt et interview med ham. Han oplyste under dette interview, at han havde forladt Libyen i april 2010, hvor han indrejste i Tunesien. Han forblev i Tunesien, indtil han rejste til Sverige i juli 2010, hvor han indrejste illegalt med bistand fra menneskesmuglere og et falsk fransk pas. Han havde været soldat i Libyen og arbejdet som vagt på en militærbase i Tripoli, hvor nogle personer havde betalt ham for at transportere ulovlige våben til magtfulde klaner med forbindelse til myndighederne. Han havde arbejdet for disse personer i over et år. I november 2009 blev han stoppet ved en vejkontrol og derefter taget til et ukendt sted, hvor han blev udsat for forhør og tortur. Han var blevet sigtet for besiddelse af ulovlige våben og biltyveri. Han blev derefter overflyttet til et militært fængsel. Hans arm var blevet alvorligt såret som følge af torturen. Omtrent to måneder efter overførslen til det militære fængsel blev han taget til et civilt hospital for behandling. Efter lægelig behandling lykkedes det ham at undslippe. Såfremt han vendte tilbage til Libyen, ville han risikere mindst ti års fængsel for sine strafbare

handlinger. Han ville yderligere risikere at blive dræbt af de klaner, som han havde angivet under torturen. S oplyste herudover til Migrationsverket, at han havde levet godt i Libyen, indtil han blev arresteret, og at han havde planlagt at indgå ægteskab med en kvinde i maj 2010.

I februar 2011 tilføjede han som asylgrund, at han var homoseksuel og havde et forhold til en mand, N, der havde permanent opholdstilladelse i Sverige. Han var flyttet ind med N i december 2010.

Ved et supplerende interview i november 2011 erklærede S, at han tidligere havde været heteroseksuel, men han var blevet interesseret i N. Ingen i Libyen havde kendskab til hans seksuelle orientering, og han havde aldrig haft et homoseksuelt forhold i Libyen. Han og N havde giftet sig i Sverige i september 2011. Hvis han skulle vende tilbage til Libyen for at ansøge om familiesammenføring, ville det blive kendt, at han var gift med en mand, og han ville risikere forfølgelse og mishandling.

Den 16. december 2011 meddelte Migrationsverket afslag på S' ansøgning. I afgørelsen blev der lagt vægt på, at han havde givet divergerende oplysninger om sit pas samt modstridende udtalelser om, hvornår han havde mødt N og om deres forhold. Migrationsverket konkluderede, at S' historie, både med hensyn til begivenhederne i Libyen og hans forhold til N, manglede troværdighed, og at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at give ham opholdsret i Sverige. Det blev herudover bemærket, at væsentlige ændringer havde fundet sted i Libyen siden hans udrejse fra landet. For så vidt angår hans forhold til N, blev der henvist til den svenske udlændingelovgivning, hvorefter udlændinge der ansøger om opholdstilladelse i Sverige på grund af familiemæssige bånd eller et seriøst forhold, skal have ansøgt om og fået bevilget en sådan tilladelse, inden de indrejser i landet.

Den 13. september 2012 stadfæstede Migrationsdomstolen afgørelsen fra Migrationsverket. Med hensyn til S' personlige forhold bemærkede retten, at hans forklaring var utroværdig, og at han havde givet modstridende forklaringer om sin viden om mulighederne for at ansøge om asyl i Sverige og om de påståede trusler mod ham i Libyen. Om S' homoseksualitet bemærkede Migrationsdomstolen, at det ifølge S' egne udtalelser ikke var kendt i Libyen, at han var homoseksuel. Retten fandt S' forklaring om, at libyere i Sverige, der havde kendskab om hans seksuelle orientering, ville sprede denne information, hvis S skulle vende tilbage til Libyen, for usandsynlig. Migrationsdomstolen konkluderede, at S ikke havde godtgjort, at han ville risikere forfølgelse eller mishandling, hvis han vendte tilbage til Libyen. Om hans forhold til N, bemærkede domstolen, at ambassadepersonalet havde en forpligtelse til at respektere fortrolighed, og at der ikke var noget til hinder for, at S kunne ansøge om opholdstilladelse fra udlandet.

S ankede sagen til Migrationsöverdomstolen, som i oktober 2012 ikke bevilgede prøvelse af hans sag.

I december 2012 afslog Migrationsverket S' anmodning om genoptagelse af sagen. Han oplyste hertil bl.a., at en libyer bosiddende i Sverige under en rejse til Libyen havde fortalt S' bror, at S var gift med en anden mand. S' onkel havde senere kontaktet ham telefonisk og truet med at dræbe S, hvis han vendte tilbage til Libyen, idet han havde vanæret familien. Migrationsverket fastholdt beslutningen om, at en ansøgning om familiesammenføring skulle indgives fra udlandet. I forhold til S' oplysninger om, at hans slægtninge havde truet ham, blev det bemærket, at oplysningerne ikke kunne føre til en ændret vurdering, hvorfor hans anmodning om genoptagelse af sagen blev afslået.

I tiden efter afgørelsen blev der foretaget en fornyet vurdering af situationen i Libyen. På baggrund af oplysningerne om situationen i Libyen genoptog Migrationsverket af egen drift S' sag.

Den 17. december 2014 blev S meddelt permanent opholdstilladelse i Sverige. I afgørelsen blev det bemærket, at forværringen af sikkerhedssituationen i Libyen i tiden efter afgørelserne fra Migrationsverket og Migrationsdomstolen sammenholdt med S' seksuelle orientering skulle betragtes som en ny omstændighed. Herudover blev det bemærket, at der hverken af Migrationsverket eller Migrationsdomstolen var sat spørgsmålstegn ved S' seksuelle orientering, og at S i løbet af sine år i Sverige havde manifesteret sin seksualitet ved bl.a. at indgå ægteskab med en mand i Sverige. Det blev derfor antaget, at det var S' hensigt at fortsætte med at leve åbent som homoseksuel, også hvis han skulle vende tilbage til Libyen, og at han derved ville risikere at tiltrække interesse fra de libyske myndigheder eller enkeltpersoner. På baggrund af disse forhold fastslog Migrationsverket, at S ville risikere at blive udsat for forfølgelse på grund af din seksuelle orientering ved en eventuel tilbagevenden til Libyen, hvorfor S blev tildelt en permanent opholdstilladelse.

5.2. EMD's begrundelse for at slette sagen fra domslisten

Den 3. november 2012 indgav S en klage til EMD under henvisning til EMRK art. 3. Sverige gjorde gældende, at sagen burde ophæves (struck out) i overensstemmelse med EMRK art. 37, idet S den 17. december 2014 havde fået ophævet sit afslag på asyl, og derfor ikke længere var i risiko for at blive udsendt til Libyen. Subsidiært bemærkede Sverige, at ansøgningen burde afvises, da S ikke længere kunne hævdes at være et offer i EMRK art. 34's forstand.

S bemærkede, at der ikke var foretaget en vurdering af, hvorvidt de tidligere afgørelser fra de svenske myndigheder havde været i strid med EMRK art. 3. Han gjorde gældende, at de svenske myndigheder på det tidspunkt,

hvor myndighederne havde truffet afgørelse om, at han skulle udsendes, vidste eller burde have vidst, at hans flytning til Libyen ville udsætte ham for en reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling. Desuden fandt han, at de svenske myndigheders afgørelser var fejlbehæftede, og at sagen burde realitetsbehandles, da det rejste alvorlige spørgsmål om homoseksuelles rettigheder, herunder hvordan man vurderer disses rettigheder i asylsager i hele Europa. Herudover gjorde S gældende, at han stadig var et offer, da de svenske myndigheder på intet tidspunkt havde erkendt en krænkelse af hans rettigheder i henhold til konventionen.

EMD bemærkede indledningsvist under henvisning til sin faste praksis om udsendelsessager, at når en klager ikke længere risikerer at blive udsendt fra den relevante stat, anses sagen for at være blevet løst efter EMRK art. 37, stk. 1, litra b, uanset om klager er enig heri. Herefter henviste EMD til afgørelse af 30. oktober 1997, *Paez mod Sverige,* hvorefter det blev fastslået, at art. 3 ikke ville blive krænket i de tilfælde, hvor klageren ikke længere stod over for en reel og overhængende risiko for at blive udsendt.

I forhold til S' sag bemærkede EMD, at der på baggrund af Migrationsverkets afgørelse af 17. december 2014, hvorefter S tildeltes en opholdsret, ikke længere var en trussel om krænkelse omfattet af EMRK art. 3. På denne baggrund vurderede EMD, at sagen var blevet løst i henhold til EMRK art. 37, stk. 1, litra b.

I forhold til, hvorvidt de tidligere afgørelser truffet af de svenske myndigheder i S' sag havde været i strid med EMRK art. 3, bemærkede EMD, at disse afgørelser er historiske kendsgerninger, der ikke belyser S' nuværende situation, som netop er, at der ikke længere er risiko for udsendelse. Denne sidste omstændighed understregede EMD som afgørende for EMDs konklusion om, at sagen er blevet løst (se tilsvarende, *Saadi mod Italien* (sagsnr. 37201/06)).

Om S' påstand om, at der forelå særlige omstændigheder vedrørende respekt for menneskerettighederne som defineret i EMRK og dens protokoller, som krævede en forsat undersøgelse af sagen (art. 37, stk. 1 in fine), bemærkede EMD, at Migrationsverket i sin afgørelse af 17. december 2014 havde taget S' seksuelle orientering i betragtning. På denne baggrund fastslog EMD, at der ikke var særlige forhold vedrørende respekt for menneskerettighederne som defineret i EMRK og dens protokoller, der krævede den fortsatte undersøgelse af sagen.

6. Afsluttende bemærkninger

Det må konkluderes, at der synes at være blevet skabt en betydelig diskrepans mellem EMD-praksis og EUD's dom i *X, Y og Z*. Mens sidstnævnte dom giver indtryk af, at selvrepression under ingen omstændigheder kan anvendes som grundlag for at give afslag på en homoseksuel persons asylansøgning, følger det af den omtalte EMD-praksis, at en person, som ansøger om asyl under påberåbelse af sin homoseksuelle orientering, kan gives afslag på en asylansøgning under henvisning til, at den pågældende kan udøve selvrepression.

EUD hævdede i sag C-465, *Elgafaji*, at kvalifikationsdirektivets art. 15, litra c, rummer en mere omfattende beskyttelse end EMRK art. 3, idet bestemmelsen ikke blot omfatter helt konkrete trusler, såsom tortur, umenneskelig eller vanærende behandling eller straf, men derimod også en mere *generel* risiko, som kan opstå i forbindelse med både internationale og interne væbnede konflikter. I dom af 28. juni 2011, *Sufi og Elmi* (sagsnr 8319/07 og 11449/07), fastslog EMD imidlertid, at også EMRK art. 3, under ekstraordinære omstændigheder, omfatter »... a situation of general violence of such intensity that any person being returned to the region in question would be at risk simply on account of their presence there« (pr. 226).

Mange havde sikkert håbet, at EMD i *M.E. mod Sverige* ikke ville stå tilbage for EUD i *X, Y og Z*, men det skulle som nævnt vise sig ikke at være tilfældet. Pga. de særlige omstændigheder i *M.E. mod Sverige* kan sagen næppe siges at være udtryk for en fastholdelse af EUD's 2004-praksis. Mange vil nok mene, at EMD burde have realitetsbehandlet *M.E. mod Sverige*, men begrundelsen for at slette sagen fra sagslisten synes at være i god tråd med tidligere retspraksis vedrørende EMRM art. 37.

Valutakurstab på aktier

– nogle perspektiver på EU-Domstolens dom i C-686/13 X AB

Af Lars Kjærgård Terkilsen

1. Indledning

Et af de områder, der inden for EU-skatteretten i de seneste år oftest har været genstand for retspraksis og debat i litteraturen, er diskussionen af, i hvilket omfang EU-retten forpligter medlemsstater til at lade skatteydere fradrage udenlandske underskud.

Uanset den omfattende praktiske relevans af mulighederne for at fradrage underskud, er der ikke på EU-retligt plan gennemført harmonisering af området. Dette må nok tilskrives kravet om enstemmighed i Rådet for harmonisering af skatteregler sammenholdt med en række forskellige nationale løsningsmodeller for problemstillingen.[1]

Derved er vurderingen af fradragsmulighederne lagt ud til EU-Domstolen, der på baggrund af frihedsrettighederne i TEUF har mulighed for at tilsidesætte diskriminerende national lovgivning.

En af de første afgørelser på området var AMID-dommen fra december 2000.[2] I denne forholdt EU-Domstolen sig til en situation, hvor et belgisk selskab med et fast driftssted beliggende i Luxembourg genererede et underskud i Belgien. Det faste driftssted i Luxembourg gav derimod overskud. Grundet internretlige belgiske skatteregler nægtede de belgiske skattemyndigheder mulighed for at fradrage hovedkontorets underskud i det faste driftssteds overskud. EU-Domstolen nåede frem til, at dette var i strid med etableringsfriheden.

Siden er mængden af afgørelser på området vokset støt, og EU-Domstolen har forsøgt at få opstillet en køreplan for, hvordan spørgsmålet om fradragsmuligheder skal løses. Den mest skelsættende dom på området var Marks

1. TEUF artikel 114, stk. 2.
2. C-141/99 AMID.

& Spencer-afgørelsen fra 2006,[3] hvor EU-Domstolen forholdt sig til mulighederne for at fradrage underskud genereret i udenlandske datterselskaber. I sagen opstillede EU-Domstolen en lære om »endelige tab«. Denne lære er siden blevet modificeret ved en række afgørelser og anvendelsen af kriteriet fremstår i dag uklart.[4]

EU-Domstolen har tidligere forholdt sig til frihedsrettighedernes påvirkning af mulighederne for fradrag for valutakurstab ved indskud af kapital i faste driftssteder.[5] I sommeren 2015 blev denne dom fulgt op af en afgørelse i sag C-686/13 X AB vedrørende valutakurstab på aktier. I nærværende artikel vil denne afgørelse blive præsenteret og diskuteret i forhold til afgørelsen i Deutsche Shell og den øvrige praksis fra EU-Domstolen vedrørende fradrag for udenlandske tab. Der vil afslutningsvist blive perspektiveret til dommens konsekvenser i dansk skatteret, ligesom der vil blive fremsat retspolitiske argumenter om hensigtsmæssigheden af EU-Domstolens praksis vedrørende mulighederne for fradrag for udenlandske underskud.

2. C-686/13 X AB

2.1. Tvisten

Sagen vedrørte et svensk selskab, der i 2003 etablerede et datterselskab i UK. Aktierne i selskabet blev udstedt i US-dollars. I 2013 ønskede det svenske selskab at afstå aktierne i det britiske selskab. På dette tidspunkt ejedes 45 % af aktierne. Ved en afståelse ville der opstå et valutakurstab, som det svenske selskab ønskede at fradrage.

Dette blev dog nægtet af de svenske skattemyndigheder under henvisning til den svenske indkomstskattelovs kapitel 24, § 13, jf. § 14.[6] Disse foreskriver, at hvis der ejes mere end 10 pct. i et selskab, er der en tale om *närings-betingad andel*. Hvis denne type aktier afstås, påvirker gevinst og tab ikke indkomstopgørelsen, jf. indkomstskattelovens kap. 25 a, § 5, jf. § 9, jf. § 18. Det tab, som det svenske selskab opnåede, kunne således ikke fradrages. Heller ikke den del, der vedrørte udsving på valutakursen.

3. C-446/03.
4. En af de seneste domme, hvor EU-domstolen har forholdt sig til problemstillingen, er C-322/11 K.
5. C-293/06 Deutsche Shell. Sagen er omtalt i detaljer hos Lars Kjærgård Terkilsen: Selskabers valutakurstab på datterselskabs- og koncernselskabsaktier – Forholdet til EU-retten i SR-skat 2012.378.
6. Inkomstskattelag (1999:1229).

Skatteyder indbragte herefter sagen for den svenske Högsta Förvaltningsdomstolen med en påstand om, at den svenske regel var i strid med EU-retten ud fra en betragtning om, at den gjorde investeringer i udenlandske selskaber mere risikable end investeringer i svenske selskaber, hvor der ikke ville kunne opstå et valutakurstab.

Högsta Förvaltningsdomstolen nåede frem til, at det var uklart, om den svenske regel udgjorde et brud på etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed og forelagde derfor EU-Domstolen spørgsmålet.

2.2. EU-Domstolens dom og kommentarer hertil

Da der fra Högsta Förvaltningsdomstolen blev spurgt til den svenske regels forenelighed med både etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, indledte EU-Domstolen med en diskussion af, hvilken af frihedsrettighederne der fandt anvendelse i den konkrete sag. Da de svenske regler kan anvendes på ejerandele på ned til 10 pct., vil begge frihedsrettigheder kunne tænkes at finde anvendelse.[7] I den konkrete situation var der tale om en ejerandel på 45 pct. af kapitalen. Der kunne rådes over en tilsvarende andel af stemmerettighederne. Derved konkluderede EU-Domstolen, at der var tale om en »klar indflydelse«, hvorefter sagen skulle løses efter etableringsfriheden.[8]

Herefter følger EU-Domstolens vurdering af, om de svenske regler udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden. Det bemærkes hertil af EU-Domstolen, at etableringsfriheden ud over at indeholde et krav på national behandling i værtsmedlemsstaten også indeholder et forbud mod at oprindelsesstaten opstiller hindringer for, at egne statsborgere etablerer sig i andre medlemsstater – og at enhver national regel, som gør udøvelse af etableringsfriheden mindre attraktiv, skal betragtes som restriktiv.[9]

7. Se om afgrænsningen mellem anvendelse af etableringsfrihed og kapitalens fri bevægelighed Karsten Engsig Sørensen m. fl.: EU-retten, 6. udgave, s. 698 ff og Lars Kjærgård Terkilsen: Frit valg af etableringsform i EU-skatteretlig belysning, 1. udgave, s. 59 ff.
8. Sondringen er relevant, da artikel 63 om fri bevægelighed for kapital også gælder for overførsler til og fra tredjelande. Det bemærkes, at EU-Domstolens praksis på dette område har ført til et forslag om ændring af definitionen af datterselskabsaktier i ABL § 4 A, så der ikke længere stilles krav om, at datterselskabet er hjemmehørende i et EU-land eller en stat, Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Lovforslaget ligger pt. i høring: http://prodstoragehoeringspo.blob.core.windows.net/d0dddcb4-d4fe-4f7d-a6bb-96921e0f358b/lovforslag%20-%20h%C3%B8ring.pdf
9. Præmis 27 og 28.

Der lægges således retorisk an til, at sagen skal løses ud fra en restriktionstest. De facto tages der dog herefter udgangspunkt i en analyse af, om der kan identificeres en diskriminerende regel.[10] Derved følger afgørelsen den skabelon, som en lang række tidligere afgørelser har fulgt. EU-Domstolens praksis vedrørende sondringen mellem restriktive og diskriminerende nationale regler er omdiskuteret.[11] Mens der på en række andre områder er udviklet en praksis om, at en regel, der er restriktiv, men ikke indeholder et diskriminerende element, kan være i strid med frihedsrettighederne, synes dette ikke at være tilfældet på området for de direkte skatter. Der kan tænkes flere forklaringer herpå, blandt andet at medlemsstaternes suverænitet til at udskrive skat er ganske omfattende grundet en begrænset harmoniseret lovgivning på området. Dette, sammenholdt med skatternes grundlæggende betydning som finansiering af medlemsstaternes samfund og at enhver skat i princippet kan betragtes som en restriktion, kan medføre, at EU-Domstolen er tilbageholdende med at tilsidesætte regler, der ikke indeholder et element af forskelsbehandling.

De efterfølgende præmisser viser også, at sagen afgøres ud fra en vurdering af, om der kan identificeres en forskelsbehandling. Denne vurdering foretages ganske kortfattet af Domstolen, idet skatteyders påstand om, at de svenske regler udgør en forskelsbehandling afvises med en betragtning om, at kurstab ikke kan fradrages, uanset om aktierne ejes i et svensk eller et udenlandsk selskab – og at dette i øvrigt også gælder, hvis muligheden for at stifte svenske selskaber i udenlandsk valuta udnyttes.[12]

Sondringen mellem restriktion og diskrimination er foretaget mere eksplicit i generaladvokatens forslag til afgørelse. Heri bygger generaladvokat Kokott sin analyse af sagen op om en treleddet vurdering. Først undersøges det, om de svenske regler indebærer en åbenlys forskelsbehandling, herefter om de er udtryk for en skjult forskelsbehandling, og endelig om reglerne indebærer en ikke-diskriminerende restriktion. Kokott konkluderer, at det ikke er tilfældet, og slutter argumentationen af med en mere generel bemærkning om, at frihedsrettighederne indebærer et forbud mod ikke-diskriminerende restriktive skatteregler i forslagets pkt. 40:

10. Præmis 32.
11. Se om EU-Domstolens praksis vedrørende sondringen mellem restriktive og diskriminerende skatteregler Sjoerd Douma: Non-discriminatory Tax Obstacles i EC Tax Review 2012/2, s. 67-83 og Richard Lyal: European Union i Cahiers de Droit Fiscal International 93a, 2008, s. 66.
12. Dommens præmis 32.

»Enhver opkrævning af skat medfører ulemper for erhvervsmæssig virksomhed eller gør denne mindre attraktiv. Såfremt en skat imidlertid også i tilfælde, hvor den hverken indebærer åbenlys eller skjult forskelsbehandling, og således opkræves ensartet hos samtlige unionsborgere, kan give anledning til en EU-retlig efterprøvelse på grundlag af de grundlæggende friheder, ville en medlemsstats beslutning om at opkræve skat af en bestemt omstændighed samt enhver skatteforhøjelse have EU-retligt præg. Dette svarer i realiteten til at lade hånt om medlemsstaternes skattemæssige suverænitet, hvilken i henhold til den gældende kompetencefordeling inden for Unionen fortsat tilkommer dem. En skat, der opkræves helt uden forskelsbehandling, kan således principielt ikke indebære en restriktion for en grundlæggende frihed.«

En sådan klarhed kunne være ønskelig også hos EU-Domstolen. Denne findes dog ikke i dommen i X AB.

Der følger herefter i dommens præmisser en betragtning om, at medlemsstaterne ikke er forpligtede til at indrette deres nationale skattesystemer efter andre landes regler. Det kan således ikke tilskrives Sverige, at der opstår valutakurstab ved investering i udenlandske aktier. Denne betragtning dækker over det, der omtales som dispariteter. Det vil sige situationer, hvor der opstår en forskelsbehandling som følge af et uhensigtsmæssigt samspil mellem to staters lovgivning. Forskelsbehandlingen kan således i disse tilfælde ikke tilskrives en enkelt medlemsstat. Herefter kan der ifølge Domstolen ikke være tale om en restriktion, hvorfor de svenske regler ikke er i strid med etableringsfriheden i artikel 49 TEUF.

De sidste præmisser bruger EU-Domstolen på at forklare, hvorfor dommen i Deutsche Shell ikke kan føre til, at tab som følge af valutakursudsving på aktier, hvor gevinst og tab i øvrigt ikke påvirker indkomstopgørelsen, skal være fradragsberettigede. Der argumenteres for, at Deutsche Shell vedrørte en anden retlig situation, da det skatteretlige udgangspunkt var, at gevinst og tab som følge af valutakursudsving påvirkede indkomstopgørelsen, med mindre andet fulgte af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.[13] Det bemærkedes i forlængelse heraf, at etableringsfriheden ikke indeholder en pligt til at give fradrag for tab i situationer, hvor dispositionen havde medført en gevinst.

Ud fra et retspolitisk synspunkt kan der være mange argumenter for en sådan form for skattemæssig symmetri. Det vil som udgangspunkt være uhensigtsmæssigt, hvis der opstilles krav om fradrag for tab, hvis der i den modsatte situation ikke er adgang til beskatning af gevinst. Inddragelsen af Deutsche Shell dommen som led i argumentationen er dog interessant. I afgørelsen argumenterer EU-Domstolen ganske rigtigt for, at de tyske regler, der fører til nægtelse af fradrag for valutakurstab på indskud i udenlandske faste driftsste-

13. Præmis 38.

der, indeholder en forskelsbehandling mellem to sammenlignelige situationer. Nemlig situationen, hvor der etableres et fast driftssted i udlandet og situationen, hvor etableringen sker i virksomhedens domicilland, og der således ikke opstår en grænseoverskridende situation.

Denne vurdering suppleres dog med en betragtning om, at valutakurstab er en særlig type tab, som kun kan håndteres i den primære etablerings domicilstat, oprindelsesstaten. Domstolen anfører herom således i præmis 30:

»Som generaladvokaten har anført i punkt 43 og 44 i forslaget til afgørelse, forøger den beskatningsordning, der er tvist om i hovedsagen, den økonomiske risiko, som et selskab, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at oprette en enhed i en anden medlemsstat, løber, når der i den anden medlemsstat anvendes en anden valuta end i oprindelsesstaten. I en sådan situation konfronteres hovedvirksomheden ikke blot med de almindelige risici i forbindelse med oprettelsen af en sådan enhed, men skal også, når den stiller en indskudskapital til rådighed for denne enhed, bære en supplerende økonomisk risiko.«

At det kun er oprindelsesstaten, der kan give fradrag for valutakurstabet, skyldes, at valutakurstabet ikke opstår i den stat, hvor etableringen er foretaget, da der jo anvendes den samme valuta. Derved bliver virksomheder, der vælger at etablere sig i en anden medlemsstat, udsat for en risiko for et ikke-fradragsberettiget tab, der ikke ville opstå, hvis virksomheden var blevet i en enkelt medlemsstat. Herefter skal oprindelsesstaten give fradrag for tabet.

Betragtningen herom gentages ikke i X AB. Til gengæld holder Domstolen fokus på, at der ikke er en forskelsbehandling af den rent nationale og den grænseoverskridende investering i et datterselskab. Uanset at det er muligt at stifte svenske selskaber i udenlandsk valuta, må det betragtes som udgangspunktet, at en investering i et selskab i en anden medlemsstat alt andet lige medfører en større sandsynlighed for etablering af et selskab i en anden valuta, end ved stiftelse af et selskab i samme medlemsstat. Derved vil valutakurstab ved investering i datterselskaber også være en særlig type tab, som typisk vil opstå i den grænseoverskridende situation.

I litteraturen er afgørelsen i Deutsche Shell også blevet udlagt som et eksempel på den af EU-Domstolen i flere tilfælde udtrykte præmis, at diskriminationsforbuddet har to aspekter. Dels et forbud mod at sammenlignelige situationer behandles forskelligt og dels et forbud mod, at to forskellige situationer behandles ens. Til trods for, at denne passus er gentaget i flere domme, er det sjældent, at sidste led er blevet brugt som begrundelse i en dom.[14] Michael Lang læser Deutsche Shell som et eksempel på, at to for-

14. Argumentationen er anvendt i blandt andet C-279/93 Schumacker, C-311/97 Royal Bank of Scotland og C-383/05 Talotta.

skellige situationer skal behandles forskelligt.[15] Til støtte herfor peger han på EU-Domstolens betragtning i den ovenfor citerede præmis 30 i dommen om, at den virksomhed, der vælger at etablere et fast driftssted i et land med en anden valuta ikke blot udsætter sig for en almindelig driftsrisiko, men tillige påtager sig en risiko for tab som følge af valutakursudsving. Dette medfører ifølge domstolen, at der i denne anden situation skal gives fradrag for den særlige risiko, der påtages.

I forhold til situationen i X AB anlægger hverken generaladvokaten eller domstolen betragtninger herom, idet det generelt ikke diskuteres, om der er tale om sammenlignelige situationer, eller det blot konstateres, at der ikke finder forskelsbehandling sted.

Samlet set forekommer EU-Domstolens afgørelse i X AB hverken overraskende eller kontroversiel. Til gengæld virker afvisningen af anvendelsen af betragtningerne fra Deutsche Shell ikke helt overbevisende. Dette må dog sandsynligvis tilskrives, at Deutsche Shell kan ses som en afgørelse med potentielt ganske vidtrækkende konsekvenser, hvis alle præmisserne fra den følges til dørs.[16]

EU-Domstolens praksis vedrørende kravene til medlemsstaterne i forhold til udnyttelse af udenlandske underskud til fradrag har udviklet sig flere gange gennem de seneste år.

Med C-446/03 Marks & Spencer fra 2005 blev der knæsat en praksis, hvorefter den medlemsstat, hvor en primær etablering var beliggende, skulle give fradrag for underskud, der ikke kunne udnyttes i værtsstaten, hvor den sekundære etablering var beliggende. Dommen vedrørte en situation, hvor et moderselskab havde etableret et datterselskab i en anden medlemsstat, og dette datterselskab gav underskud. EU-Domstolen konkluderede, at det som udgangspunkt ikke var problematisk, at moderselskabets domicilland nægtede fradrag for underskud i udlandet. Undtagelsen til denne hovedregel var dog situationen,

»hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab på den ene side har udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat med hensyn til det pågældende skatteår ved ansøgningen om lempelse såvel som med hensyn til tidligere skatteår, og der på den anden side ikke er mulighed for at tage hensyn til det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i dettes hjemstat i forbindelse med senere skatteår

15. Michael Lang: Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions i EC Tax Review 2009/3, s. 98-113.
16. Se hertil Lars Kjærgård Terkilsen: Selskabers valutakurstab på datterselskabs- og koncernselskabsaktier – Forholdet til EU-retten i SR-skat 2013.378.

enten af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.«[17]

Denne præmis gav anledning til en massiv diskussion i litteraturen, og EU-Domstolen har sidenhen ved flere lejligheder modificeret sin praksis om »endelige tab«.[18] Doktrinen om endelige tab blev i C-414/06 Lidl Belgium udvidet til også at omfatte underskud i faste driftssteder.

I løbet af de seneste par år er praksis vedrørende udenlandske underskud blevet præciseret af EU-Domstolen. I C-322/11 K nåede domstolen frem til, at det ikke var i strid med kapitalens fri bevægelighed, at en finsk skatteyders tab opstået ved salg af fast ejendom i Frankrig ikke kunne fradrages i Finland. Hvis ejendommen var beliggende i Finland, kunne tabet fradrages.

EU-Domstolen nåede frem til, at den finske regel var en restriktion, men at den kunne retfærdiggøres ud fra hensynet til at sikre en balanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og at sikre sammenhængen i den finske skattelovgivning.[19] Dette gøres under henvisning til, at Frankrig ikke gav fradrag for tabet på ejendommen, og at den finske regel sikrer, at der kun gives fradrag for omkostninger, hvor indkomsten ville være skattepligtig til Finland.

En ganske præcis beskrivelse af retstilstanden vedrørende praksis for hvornår udenlandske underskud er endelige og fradragsberettigede findes hos generaladvokat Kokott i hendes forslag til afgørelse i C-172/13, punkt 43-44:[20]

»Med indførelsen af denne undtagelse i Marks & Spencer-dommen søgte Domstolen at udfylde et tomrum. Den betragtede det som EU-lovgivers opgave at regulere grænseoverskridende modregning af underskud under hensyn til grundrettighederne. Indtil da skulle fordelene ved koncernlempelsen i hvert fald delvist komme de koncerner, der drev grænseoverskridende virksomhed, til gode, navnlig i tilfælde af at alle andre muligheder for at tage hensyn til underskud var udelukket.

Denne ordning viste sig imidlertid ikke at være praktisk mulig. Den beskytter derfor ikke det indre markeds interesser og er følgelig heller ikke et mere skånsomt middel til at sikre medlemsstaternes skattekompetence. I sidste instans bevirker den nemlig ikke en lettelse af grænseoverskridende koncerners aktiviteter, men er blot en uendelig kilde til retstvister mellem skattepligtige og medlemsstaternes skattemyndigheder....«

17. Præmis 59.
18. Se for en generel diskussion om emnet Daniela Hohenwater: Verlustverwertung im Konzern, 1. udgave, særligt del 5, s. 249 ff.
19. Præmis 31 og 71.
20. Se nærmere om C-172/13 Michael Tell: Sambeskatning og udnyttelse af underskud på tværs af grænser – Kommissionen mod Storbritannien C-172/13 i SR-skat 2015, p. 35.

Henset til udviklingen i EU-Domstolens praksis vedrørende fradrag for udenlandske underskud må det konstateres, at det er uklart, hvornår et tab er endeligt, og hvornår oprindelsesstaten er forpligtet til at give fradrag for et tab, som ikke kan udnyttes i værtsstaten.[21] Det er herefter spørgsmålet, om dommen i Deutsche Shell skal ses i lyset af, at den blev offentliggjort 2 år efter Marks & Spencer og på et tidspunkt, hvor EU-Domstolens praksis ikke var udviklet i samme grad som den er i dag – og at X AB derfor blev afgjort ud fra en vurdering af, om der eksisterede en forskelsbehandling eller ej uden skelen til den uklare praksis vedrørende udenlandske underskud.

3. Danske perspektiver på konsekvenserne af C-686/13.

3.1. Danske regler og praksis om valutakurstab på skattefrie aktier

De svenske regler, der var under EU-Domstolens bedømmelse i C-686/24 minder i høj grad om de danske i ABL §§ 4A og 8, der ligeledes medfører skattefrihed på selskabers avancer på datterselskabsaktier. Kravet for skattefrihed efter de danske regler er, at selskabet ejer mere end 10 pct. af aktierne, og at datterselskabet er beliggende i et EU-land eller et land, Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.[22] Denne type regler, der generelt omtales som *participation exemption* eller *affiliation privilege*, er tillige at finde i en række andre lande.[23]

Problemstillingen hvorvidt frihedsrettighederne medfører, at valutakurstab skal isoleres, har tidligere været bedømt i dansk administrativ praksis. Skatterådet afgav forud for EU-Domstolens afgørelse i X AB bindende svar i SKM2012.451.SR på et spørgsmål om, hvordan et dansk selskabs salg af datterselskabsaktier i et engelsk selskab skulle håndteres. Salget udløste en skattefri avance, jf. ABL § 8, jf. ABL § 4 A, på 4.414 mio. kr. Heri var indeholdt et tab som følge af valutakursudsving i forholdet mellem DKK og GBP. Valutakurstabet var på 321 mio. kr. Spørgsmålet gik på, om etableringsfriheden i artikel 49 TEUF medførte, at der skulle gives fradrag for tabet som følge

21. Se nærmere og ganske kritisk om EU-domstolens praksis vedrørende udenlandske underskud Michael Lang: Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line? i European Taxation 2014/12 samt Erik Pinetz og Karoline Spies: Final Losses after the Decision in Commission v. UK (Marks & Spencer II) i EC Tax Review, 2015/6.
22. Se oven for i note 8 om en mulig kommende ophævelse af kravet til datterselskabets geografiske placering.
23. Se eksempelvis Belgien, Holland, Italien, Luxembourg, Malta, Norge, Portugal og Storbritannien.

af valutakursudsving. Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling til afgørelse, der om det EU-retlige aspekt ganske kort bemærker, at »*I den konkrete situation medfører aktieavancebeskatningsloven, at der er skattefrihed. Et sådant beskatningssystem kan ikke anses for at være i konflikt med EU-retten*«.[24]

Sagen blev påklaget til Landsskatteretten, der først nåede at tage stilling til sagen efter EU-Domstolens dom.[25] Det var således ikke overraskende, at Landsskatteretten afgjorde sagen med henvisning til denne og til SKATs fordel.

C-686/13 X AB betyder således, at ABL §§ 4A og 8 ikke skal ændres. Dette ændrer dog ikke på, at det var relevant med en henvendelse til EU-domstolen for at få afklaret retsstillingen efter Deutsche Shell dommen.[26]

3.2. Etableringsfriheden og ikke-diskriminerende restriktive skatteregler

Som anført i afsnit 2.2. lagde EU-Domstolen vægt på, at der ikke kunne identificeres en forskelsbehandling i de svenske regler. Gevinst og tab på aktier blev beskattet ens, uanset om der var tale om aktier i nationale eller udenlandske selskaber. Det må dog konstateres, at risikoen for at opleve et valutakurstab på aktier er større ved investering i et udenlandsk selskab.

Derved opstår spørgsmålet, hvilken betydning afgørelsen kan have for vurderingen af ikke-diskriminerende restriktive skatteregler i en medlemsstat. Umiddelbart kan dommen læses som et udtrykt for at der i en situation, hvor der formelt set er overensstemmelse mellem behandlingen af den rent nationale og den grænseoverskridende situation, ikke er tale om et brud på frihedsrettighederne.

Puslespillet om sondringen mellem diskriminerende og restriktive nationale skatteregler har herved fået tilføjet endnu en brik. Betydningen af sondringen kan synes teoretisk, men vil også i en række situationer have en praktisk betydning.

Som eksempel herpå kan nævnes den danske regulering af CFC-beskatning i SEL § 32 og tynd kapitalisering i SEL § 11. Reglerne indeholdt tidligere en forskelsbehandling mellem nationale og grænseoverskridende situationer. CFC-beskatning kom således kun på tale i tilfælde, hvor CFC-selskabet var

24. Afgørelsen er omtalt nærmere hos Lars Kjærgård Terkilsen i SR-Skat:
25. Sagen er offentliggjort som SKM2015.463.LSR.
26. Se hertil Jesper Johansson: Valutakursförluster ved gränsöverskridande etableringar – med anledning av C-686/13 X AB mot Skatteverket (X *F/X*) i Svensk Skattetidning 2014, 383 og Lars Kjærgård Terkilsen: Selskabers valutakurstab på datterselskabs- og koncernsel-skabsaktier – Forholdet til EU-retten i SR-skat 2013.378.

etableret i et lavt beskattet udland, og rentefradrag kunne kun begrænses i tilfælde, hvor de blev betalt til et udenlandsk koncernforbundet selskab.

På baggrund af EU-Domstolens afgørelser i C-196/04 Cadbury Schweppes og C-324/00 Lankhorst Hohorst måtte det konstateres, at sondringer på baggrund af hvor datterselskab eller kreditor var hjemmehørende ikke kunne opretholdes. I Danmark valgte man en løsningsmodel, der gik ud på at udvide regelsættene til også at omfatte rent nationale situationer. I forhold til CFC-beskatningen medførte dette ingen skattemæssige konsekvenser, da der allerede skete tvungen national sambeskatning, jf. SEL § 31. I forhold til tynd-kapitaliseringsreglen blev der ved lovændringen i SEL § 11, stk. 6 indsat en bestemmelse, der medfører, at det danske koncernforbundne selskab, der modtager den fradragsberettigede rentebetaling, ikke beskattes heraf.

Der er herefter tale om regelsæt, hvor der formelt sker en ens behandling af den nationale og den grænseoverskridende situation, men hvor der eksisterer en ikke-diskriminerende restriktion for at etablere CFC-selskaber i udlandet og på at låne penge hos udenlandske, koncernforbundne selskaber.[27] Med afgørelsen i C-686/13 X AB ser det ud til, at det nu må konstateres, at en sådan ens behandling må anerkendes, uanset at der *de facto* vil være tale om en forskelsbehandling.

I forlængelse heraf kan det som et kuriosum fremhæves, at Landsskatteretten i SKM2015.463.LSR, hvor man efter afsigelsen af C-686/13 forholder sig til de danske regler i ABL's forenelighed med EU-retten, anfører, at etableringsfriheden også indeholder et forbud mod ikke-diskriminerende hindringer. Hvis dette stod til troende, burde man fra Landsskatteretten netop være nået frem til, at der skulle være givet fradrag for valutakurstabet, da et manglende fradrag jo kan kvalificeres som en ikke-diskriminerende hindring for, at selskaber erhverver udenlandske datterselskabsaktier.

27. Se om bestemmelsen i SEL § 11, stk. 6's forenelighed med EU-retten Nikolaj Vinther og Erik Werlauff: En fællesskabsretlig analyse af den foreslåede tynde kapitaliseringsregel i L 119 i TfS 2004, 242 samt Jakob Bundgaard: Efter Lankhorst-Hohorst – nationale værn mod tynd kapitalisering i ny indpakning i SU 2004, 207. Se om CFC-reglernes forenelighed med EU-retten Peter Koerver Schmidt: Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv, 1. udgave, særligt kapitel 9. s. 425 ff.

4. Afsluttende bemærkninger

Som omtalt ovenfor føjes C-686/13 X AB til listen over EU-Domstolens afgørelser vedrørende frihedsrettighedernes indflydelse på mulighederne for at fradrage udenlandske underskud.

Dommen kan næppe betragtes som overraskende. Den overraskende afgørelse var Deutsche Shell.

Afgørelsen bør dog alligevel give anledning til en refleksion om det hensigtsmæssige i, at et væsentligt område som muligheden for at fradrage udenlandske underskud ikke har givet anledning til at få lovgiver på banen.

Det må betragtes som ganske uhensigtsmæssigt, at EU-Domstolen er så uklar i sit valg af sammenligningsgrundlag, og at betragtningerne om forholdet diskrimination/restriktion ikke gøres mere eksplicitte.

EU's skatteretlige fokus er pt. på bekæmpelse af skatteundgåelse og -unddragelse, jf. blandt andet Kommissionens kommunikation om et fair og effektivt selskabsskattesystem i EU.[28] Dette bør dog ikke føre til, at der ikke også er fokus på at sikre, at de virksomheder, der opererer på tværs af grænser inden for EU, har klare retningslinjer for mulighederne for fradrag af underskud på tværs af grænser. At overlade udviklingen af reglerne til EU-Domstolens praksis synes ikke »fair« for hverken skatteyder eller medlemsstat.[29]

28. COM(2015) 302 final. Se tillige om begrebet »fair skat« Peter Koerver Schmidt: Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility i TfS 2015, 238.
29. Det bemærkes, at Kommissionens forslag til en fælles skattebase for selskaber (CCCTB) indeholder regler om koncernkonsolidering. Forslaget blev fremsat som COM (2011) 121 og blev relanceret med COM (2015) 302. Der forventes et nyt direktivforslag fremsat i 2016.

At være eller ikke være

– en chokoladevare

Af Jette Thygesen

1. Indledning

En af de ældste afgiftslove i Danmark er chokoladeafgiftsloven. Således blev der ved lov nr. 254 af 12. juni 1922 om Omsætningsafgift af Chokolade- og Sukkervarer m.m. indført afgift på chokoladevarer.

Allerede ved indførelsen af denne afgift blev der lagt op til fremtidige fortolkningsproblemer. Således fremgik det af lovens § 1, stk. 1, at afgiften omfattede »Chokolade og Chokoladevarer af enhver Art«,[1] hvilket ikke kan siges at være et klart og entydigt begreb. For hvad er en chokoladevare af enhver art?

Afgrænsningen af det afgiftspligtige vareområde blev ikke mere enkel efter den udvidelse af det afgiftspligtige vareområde, som blev indført ved Lov nr. 22 af 11. februar 1955 om omsætningsafgift af chokolade- og sukkervarer m.m. Der blev tilføjet en bestemmelse, der i det væsentlige svarer til den nugældende lovs § 1, stk. 1, nr. 10, om, at varer, der efter beskaffenhed, anvendelse eller smag kan betragtes som erstatningssvarer for bl.a. chokoladevarer, også er omfattet af afgiftspligten.[2]

1. Af bemærkningerne til det lovforslag fremgår bl.a. følgende (R.T. 1921-22, tillæg A, spalte 4119 f): »Det foranstaaende Lovforslag tilsigter en Forøgelse af Luksusbeskatningen med en Afgift paa Chokolade, Chokoladevarer ... For at skærme saavel Statskassen som Industrien mod den Konkurrence til de afgiftspligtige Varer, der kan tænkes at ville opstaa fra forskellige Varer, der ikke føres ind under Afgiften, er det foreslaaet, at ogsaa halvt færdige Varer som Overtrækschokolade og Marcipanmasse beskattes med Omsætningsafgiften, således at f.eks. Konditorvarer og lign., hvortil disse halvt færdige Produkter anvendes, lempeligt rammes.«
2. I de almindelige bemærkninger til det lovforslag, der lå til grund for denne lov, anføres bl.a. følgende (F.T. 1954-55, tillæg A, spalte 545): »Den betydelige stigning i kakaobønneprisen medfører en tilsvarende stigning i afgiften, og virkningen på forbruget bliver herved så meget større, således at chokoladevarerne stilles særlig ugunstigt i sammenligning med de andre afgiftspligtige varer, f. eks. rene sukkervarer eller varer med et ringe indhold af chokolade. For dog i nogen grad at råde bod på de ulemper, som den høje værdiafgift medfører for denne branche, har man herefter

Chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1, nr. 10, fik sin nugældende ordlyd ved lov nr. 516 af 21. december 1979 om ændring af lov om afgift af chokolade- og sukkervarer m.v.[3] Ændringen vedrørte udelukkende indholdet af opsamlingsbestemmelsen i § 1, stk. 1, nr. 10. Hvor bestemmelsen tidligere lagde vægt på beskaffenhed, anvendelse og smag, skulle der fremover lægges vægt på beskaffenhed, anvendelse samt markedsføring. Bestemmelsen blev affattet således:

»andre varer, der efter en samlet bedømmelse af deres beskaffenhed og anvendelse samt den måde hvorpå de markedsføres, kan betragtes som efterligninger eller erstatningsvarer for de varer der er nævnt under 1-8.«

Med denne formulering blev der åbnet op for yderligere fortolkningsproblemer. Spørgsmålet er bl.a., hvordan de enkelte begreber beskaffenhed, anvendelse og markedsføring skal vægtes i forhold til hinanden. Et andet spørgsmål er, hvornår en vares beskaffenhed, anvendelse og markedsføring kan medføre, at den skal betragtes som en efterligningsvare.

Praksis har da også vist, at lovteksten har givet anledning til en række fortolkningsproblemer. Så sent som i sommeren 2015 er der truffet en afgørelse om, hvad der skal anses for at være en chokoladevare.

Der vil i det efterfølgende blive foretaget en analyse af gældende ret på området. Der vil blive taget udgangspunkt i de sager, der har været gennem tiden. Det skal her pointeres, at en del af de afgørelser, der anvendes i nærværende artikel som argumentation for afgiftspligt eller afgiftsfritagelse, udelukkende fremgår af den juridiske vejledning. Der er i den juridiske vejledning ikke henvist til journalnummer eller lignende. Dermed er det ikke muligt at finde de oprindelige afgørelser for derigennem at få en yderligere uddybning af afgørelserne. Da SKAT til stadighed optrykker disse afgørelser, er de dog udtryk for gældende praksis på området.

Der vil i forbindelse med analyserne fremkomme enkelte retspolitiske udsagn.

anset det for rettest at foreslå beskatningsformen ændret fra en ren værdiafgift til en kombineret vægt- og værdiafgift.«

3. I bemærkningerne til lovforslaget står bl.a. følgende (F.T. 1979-80, tillæg A, spalte 189 f): »I chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1, er under punkterne 1-9 angivet de varer, der er omfattet af afgiftspligten. I punkt 10 er endvidere anført, at afgiftspligten tillige omfatter andre varer, der efter beskaffenhed, anvendelse eller smag kan betragtes som erstatningsvarer for eller efterligninger af de under 1-8 nævnte varer. Det foreslås, at det tydeliggøres, at også en vares markedsføring (emballage, reklamering m.v.) skal indgå i bedømmelsen vedrørende afgiftspligt efter denne bestemmelse.«

2. Det afgiftspligtige vareområde

Af lovens kapitel 1 § 1, stk. 1, fremgår det, hvilke 9 varetyper, der er omfattet af den fulde afgiftspligt.[4] Numrene 1-9 omfatter hver en varegruppe.[5] Varegrupperne beskrives meget specifikt, og herudover suppleres flere af varegrupperne med betegnelserne »af enhver art« eller »og lignende«. Disse betegnelser medfører, at definitionen af det afgiftspligtige vareområde bliver langt bredere, da det giver mulighed for fortolkning af bestemmelserne.

Her vil blot blive givet et par eksempler vedrørende § 1, stk. 1, nr. 1 og nr. 4. Ifølge § 1, stk. 1, nr. 1, er »Chokolade og chokoladevarer, kakaomasse, kakaopulver, kakaosmør og kakaopræparater af enhver art« afgiftspligtige. Efter § 1, stk. 1, nr. 4, er »Konfekt, bolsjer, dragévarer, skummasse, skumvarer, fondant, sukrede korn og lignende tilsat essenser eller farve samt i øvrigt sukkervarer af enhver art« afgiftspligtige.

Disse vareområder må siges at være meget brede og noget nær umulige at afgrænse. For hvad er en chokoladevare, et kakaopræparat eller sukkervarer af enhver art?

4. LBK nr.567 af 03/08/1998, Bekendtgørelse af lov om afgift af chokolade- og sukkervarer m.m. § 1, stk. 1.
5. »Af følgende varer svares afgift til statskassen:
   1. Chokolade og chokoladevarer, kakaomasse, kakaopulver, kakaosmør og kakaopræparater af enhver art.
   2. Lakridssaft, lakrids og lakridsvarer af enhver art. Pulveriseret lakridsrod og blandinger af salmiak og lakridsrod o.lign.
   3. Masser helt eller delvis fremstillet af mandler, nødder eller andre kerner af enhver art samt varer af sådanne masser.
   4. Konfekt, bolsjer, dragévarer, skummasse, skumvarer, fondant, sukrede korn o.lign. tilsat essenser eller farve samt i øvrigt sukkervarer af enhver art.
   5. Tyggegummi.
   6. Kandiseret frugt og frugtskal samt andre kandiserede varer med undtagelse af skaller af citrusfrugter.
   7. Sukkade, marmelade og tilsvarende varer, når de er formet i plader, stænger, figurer o.lign.
   8. Vafler, der er pålagt eller på anden måde er i forbindelse med chokolade, skummasse eller masser helt eller delvis af mandler, nødder eller kerner, medmindre vaflerne afsættes i blandinger med afgiftsfri vafler, biskuit o.lign. i et sådant forhold, at antallet af vafler ikke overstiger 25 pct. af det samlede antal stykker i blandingen, og vaflerne ikke efter punkt 10 betragtes som erstatningsvarer for eller efterligninger af chokoladevarer.
   9. Kager, kiks o.lign. delvis bestående af skummasse, når bagværket ikke udgør mindst to tredjedele af varens rumfang.«

Hvis det så bliver konstateret, at en vare ikke er omfattet af et af vareområderne i § 1, stk. 1, nr. 1-9, skal det efterfølgende afgøres, om varen kan anses for en erstatningsvare i forhold til varegrupperne nævnt i § 1, stk. 1, nr. 1-8. Hvis det er tilfældet, så er varen afgiftspligtig, jf. § 10, stk. 1, nr. 10.

I det følgende vil der blive foretaget en analyse af vareområderne i § 1, stk. 1, nr. 1, nr. 4 og nr. 10.

3. Chokoladevarer

Reglerne for chokoladevarer fremgår af lovens § 1, stk. 1, nr. 1. Da definitionen i loven ikke er klar og entydig, kan man inddrage praksis i et forsøg på at finde en entydig definition af vareområdet.

Den administrative praksis fremgår af SKATs juridiske vejledning. Det fremgår af SKATs Juridiske Vejledning 2015-2, afsnit E.A.2.3. at:

»Det afgiftspligtige vareområde omfatter chokolade og chokoladevarer, kakaomasse, kakaopulver, kakaosmør og kakaopræparater af enhver art, som er egnet til menneskeføde«

Og SKAT fortsætter:

»Det afgiftspligtige vareområde omfatter desuden alle slags chokoladevarer, som – uanset mængden – indeholder kakao, chokoladenougat, kakaopulver tilsat sukker eller andre sødemidler, chokoladepulver og chokoladepasta. Ved vurdering af om et produkt er omfattet af det afgiftspligtige vareområde, kan der lægges vægt på, om indholdet af kakao er karaktergivende for produktet eller ej. Produkter som er helt overtrukket med chokolade betragtes som en chokoladevare.«

Denne uddybning af det afgiftspligtige vareområde giver dog anledning til flere bemærkninger.

For det første står der, at chokoladevarerne skal være egnet til menneskeføde. Dette fremgår ikke af lovteksten eller af forarbejderne. Det underbygges heller ikke af retspraksis, da der i afgørelsen SKM2004.202.VLR bliver taget stilling til, om chokoladevarer, der sælges som dyrefoder, er omfattet af afgiftspligten.

Sagen omhandler en virksomhed, der har indkøbt »Choko Snacks« til hunde. »Choko Snacks« består af olie, fedtstoffer, mælk, mælkeprodukter, korn, sukker, mineralstoffer, vegetabilske biprodukter og kakao. Spørgsmålet er, om disse er afgiftspligtige.

Virksomheden mener ikke, at der er tale om en afgiftspligtig vare. Dette begrunder den med, at det af en ordlydsfortolkning og af lovens forarbejder

fremgår, at det kun er chokoladevarer til fødevarekonsum, der er omfattet af afgiftspligten, da afgiften er tænkt som en afgift på luksusvarer.

SKAT anfører derimod, at loven finder anvendelse på alle varer, herunder varer, som anvendes til dyrefoder, da det hverken af lovens ordlyd eller forarbejder fremgår, at loven alene er anvendelig på varer til menneskeføde.[6] Loven vedrører derimod et generelt forbrug af luksusvarer, og chokolade til dyr er også en luksusvare.

Landsretten giver SKAT medhold i, at »Choko Snacks« er afgiftspligtige efter lovens § 1, stk. 1, nr. 1. Dette begrunder landsretten med, at

> »Selv om lovens formål er at afgiftsbelægge visse luksusvarer, fremgår det hverken af lovens ordlyd, herunder tidligere gældende lovbestemmelser. eller af forarbejderne til loven, at loven ikke finder anvendelse, alene fordi en vare anvendes i dyrefoder. Af forarbejderne til de tidligere gældende bestemmelser, jf. Rigsdagstidende 1922-23, tillæg A, spalte 5197-5198, § 27, fremgår det forudsætningsvis, at varer, der var omfattet af loven, og som indgik i dyrefoder, oprindeligt som udgangspunkt var omfattet af loven. «

Denne afgørelse sår tvivl om, hvordan begrebet, »som er egnet til menneskeføde«, der fremgår af den juridiske vejledning, skal fortolkes. Hvis det skal fortolkes således, at det udelukkende er varer, som af producenter og forbrugere opfattes som menneskeføde, der er omfattet af afgiftspligten, så er det en indskrænkning af det afgiftspligtige vareområde i forhold til tidligere praksis. Det må antages, at dyrefoder ikke opfattes som menneskeføde af hverken forbruger eller producenter.

Hvis det derimod skal fortolkes som alle produkter, der ikke er uegnede til menneskeføde, åbner det op for nye problemer. For hvornår er en vare uegnet til menneskeføde? Er det udelukkende, når varen er sygdomsfremkaldende, eller er det nok, at den fremtræder i en stand, der gør, at den af forbrugere opfattes som uegnet som menneskeføde?

Endelig skal det påpeges, at det kan undre, at SKAT har valgt at indføje »som er egnet til menneskeføde« i den juridiske vejledning. Sætningen fremgår første gang i den juridiske vejledning 2013/1. Det vil sige, at ser man i ældre vejledninger, som dengang hed punktafgiftsvejledningen, så fremgik der ikke noget om, at en chokoladevare skulle være egnet til menneskeføde for at være omfattet af det afgiftspligtige vareområde. Tilføjelsen bidrager i bedste fald ikke til at skabe klarhed over det afgiftspligtige vareområde, men bidrager i værste fald til endnu flere fortolkningsproblemer. Da det heller ikke fremgår nogen steder, at SKAT har valgt at tilføje dette element i definitionen

6. Se også afgørelse vedr. afgiftspligten af hundekiks med tyndt overtræk af chokolade, hvor Momsnævnet i 1974 anså disse for omfattet af loven.

af det afgiftspligtige vareområde pga. en ændret praksis eller lignende, kan den med fordel fjernes fra den juridiske vejledning.

For det andet står der i den juridiske vejledning, at uanset mængden af kakao, chokoladepasta o.l., så skal varen anses for at være omfattet af det afgiftspligtige område. Dette harmonerer ikke helt med den efterfølgende sætning, hvor SKAT skriver, at der kan lægges vægt på, om indholdet af kakao er karaktergivende for produktet eller ej ved vurderingen af en evt. afgiftspligt. Det må alt andet lige antages, at der skal en vis mængde kakao, chokoladepasta o.l. til, før det kan siges at være karaktergivende. Dermed kan det ikke være alle varer, som indeholder kakao, chokoladepasta o.l., der er omfattet af det afgiftspligtige vareområde.

Ses der på selve loven, så underbygger lovteksten første del af udsagnet i den juridiske vejledning, da der ikke fremgår et minimums indhold af afgiftspligtige bestanddele af lovgivningen. Det eneste sted i lovgivningen, hvor der fremgår mængder, er i forbindelse med fritagelserne i § 1, stk. 2 og 3, og her er det et maksimalt indhold af kakao i de nævnte produkter, der angives. Overskrider indholdet af kakao de nævnte grænser, er produktet afgiftspligtig i sin helhed. Loven underbygger på ingen måde udsagnet om, at indholdet af kakao skal være karaktergivende.

4. Sukkervarer

Reglerne for sukkervarer fremgår af lovens § 1, stk. 1, nr. 4. Da definitionen i loven ikke er klar og entydig, kan man inddrage praksis i et forsøg på at finde en entydig definition af vareområdet.

Den administrative praksis fremgår af SKATs juridiske vejledning. Det fremgår af SKATs juridiske vejledning 2015-2, afsnit E.A.2.3. at:

»Det afgiftspligtige vareområde omfatter konfekt, bolsjer, dragévarer, skummasse, skumvarer, fondant, sukrede korn og lignende tilsat essenser eller farve, og i øvrigt sukkervarer af enhver art, som er egnet til menneskeføde.«

Sætningen »egnet som menneskeføde« bør også her fjernes fra den juridiske vejledning, da den hverken har baggrund i loven, forarbejderne eller bidrager til en klar og entydig definition af det afgiftspligtige vareområde.

I den juridiske vejledning gives der en række eksempler på produkter, der er omfattet af vareområdet i § 1, stk. 1, nr. 4.[7] Hvis der tages udgangspunkt i lovens formulering om, at produkter, der består af »sukrede korn og lignende« er afgiftspligtige, hvis disse er tilsat essenser eller farve, så er det ikke alle afgørelserne i den juridiske vejledning, der er lige entydige.

Således har SKAT bl.a. afgjort, at et produkt, der anvendes som morgenmad og fremtræder som orangefarvede kugler, er afgiftspligtigt, hvilket skyldes, at produktet er tilsat farve. Produktet består af formalet majs og havre, som efter extrudering er tørret. Kuglerne er derefter sprøjtet med orangejuice (koncentreret) og endelig sprøjtet (douchet) med en sukkeropløsning. Et andet produkt, der også anvendes som morgenmad og fremtræder som søde cornflakes, der er sprøjtet (douchet) med en sukkeropløsning, samt tilsat ca. 10 % frysetørrede jordbær, anses ikke for at være afgiftspligtigt, da cornflakesene ikke er tilsat essenser eller lignende. Disse to afgørelser stemmer overens med lovens ordlyd.

Derimod synes afgørelsen, hvor SKAT anser et produkt, der fremtræder som karameller, som består af popcorn (ekspanderet majs) overtrukket med en blanding af sukker, flydende glukose, smør, salt og vegetabilsk olie for omfattet af det afgiftspligtige vareområde, ikke helt så klar. Det kan således ikke være produktets indhold af sukrede korn (popcorn), der udløser afgiftspligten efter nr. 4, da disse jo netop ikke er tilsat essenser eller farve.

Det fremgår desværre ikke af den juridiske vejledning, hvorfor SKAT har anset produktet for omfattet af nr. 4, men det kan muligvis være den brede definition »og i øvrigt sukkervarer af enhver art«, der bliver anvendt her.

SKM2014.471.SR omhandler produkter, der anvendes til pynt af kager. Produktet anvendes som glasur. Produktet betegnes glasur, men kan også betegnes som sugar paste, icing eller fondant. Produktet er fremstillet af sukker, glukosesirup, fedtstof, vand, glycerin samt emulgator, farve, smag og konserveringsmiddel. Det indeholder ca. 90 % sukker inklusive glukosesirup. Produktet anses for omfattet af det afgiftspligtige vareområde.

I anmodningen om det bindende svar oplyser virksomheden, at der er afregnet afgift af de varer, virksomheden hidtil har solgt i Danmark. Virksomheden er dog bekendt med, at andre udbydere på markedet sælger lignende varer uden chokoladeafgift. Dette begrunder de andre udbydere med, at der i den juridiske vejledning fremgår, at

7. Den juridiske vejledning 2015-2, punkt E.A.2.3.3 Chokolade og sukkervarer omfattet af reglerne.

»Produktet anvendes som glasur og fremtræder som en blanding af en masse, der har en creme/hvid farve og består af sukker, hydrogeniseret vegetabilsk olie, glukose sirup, vand samt salt, skummetmælkspulver, farve mv. Produktet er ikke omfattet af det afgiftspligtige vareområde. Se LSR 10.12.98, 661-1606-0001.«

I LSR 10.12.98, 661-1606-0001 fandt Landsskatteretten

»efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, herunder om de omhandlede varers tiltænkte anvendelse og om den måde, hvorpå de særskilt blev forhandlet, ikke, at varerne, uanset deres sammensætning, kunne anses som svarende til eller som efterligninger eller erstatninger for den type varer, der er opregnet i lovens § 1, stk. 1, nr. 4«

Da der således ikke var tale om en afgiftspligtig vare, var den afgiftsfri. Dette skal også ses i sammenhæng med, at der på daværende tidspunkt ikke blev opkrævet dækningsafgift af glasur på importerede kager.[8] Der ville således opstå en forskelsbehandling, hvis glasur på importerede kager var afgiftsfri, mens indenlandsk produceret glasur var afgiftsbelagt.

I SKM2014.471.SR erkender SKAT, at de ikke har kendskab til, hvad der har været udslagsgivende for Landsskatterettens kendelse, men SKAT opfatter det sådan,

»at Landsskatteretten "uanset varernes sammensætning" lagde vægt på en tiltænkt erhvervsmæssig anvendelse, der i givet fald ville medføre en afgiftsmæssig forskelsbehandling ved import af kager fra udlandet med tilsvarende glasur«. SKAT fortsætter med, at »reglerne om dækningsafgift er efterfølgende ændret, så der ved import fra udlandet af kager med en afgiftspligtig glasur i dag skal betales dækningsafgift af glasuren efter chokoladeafgiftslovens kap 3.«

Hvis dette er korrekt, finder den nævnte afgiftsmæssige forskelsbehandling ikke mere sted, og den pågældende præmis er således ikke længere til stede. SKAT har derfor fjernet eksemplet med glasur[9] fra den juridiske vejledning i forbindelse med opdateringen af vejledningen i juli 2014 (version 2014-2).

Det skal her bemærkes, at der ikke i den pågældende periode er foretaget lovændringer, som medfører den nævnte ændring i dækningsafgiften. Der

8. Jf. kapitel 3 i chokoladeafgiftsloven hvoraf det fremgår, at der skal betales dækningsafgift. Dækningsafgift er en afgift, der betales ved import fra udlandet af en række nærmere anførte varer, bl.a. brød, wienerbrød, kager, kiks og andet bagværk i pos. 1905 i toldtariffen, som ikke er afgiftspligtige i sig selv efter chokoladeafgiftslovens kap 1 (chokolade- og sukkervarer) eller kap 2 (råstofafgiftspligtige), men som indeholder afgiftspligtige bestanddele i form af varer omfattet af afgiftspligten i chokoladeafgiftslovens kap 1 og/eller kap 2.
9. LSR 10.12.98, 661-1606-0001er således ikke længere udtryk for gældende praksis.

findes heller ikke retspraksis, som understøtter en sådan ændring, og endelig finders der ingen styresignaler eller meddelelser fra SKAT, som giver udtryk for en ændret administrativ praksis, hvorfor det kan være vanskeligt at verificere SKATs udsagn om, at der er sket ændring i dækningsafgiften siden Landsskatterettens afgørelse i LSR 10.12.98, 661-1606-0001. Udsagnet kan dog bygge på ikke offentliggjorte administrative afgørelser.

Det ser ikke umiddelbart ud til, at Skatterådet undersøger den påstående ændring i dækningsafgiftsloven nærmere. Skatterådet tiltræder SKATs indstilling og begrundelse, hvilket medfører, at produkterne bliver afgiftspligtige efter § 1, stk. 1, nr. 4. Dette medfører også, at fremtidige importerede varer med et indhold af disse produkter vil blive omfattet af dækningsafgiftspligten.

Den seneste afgørelse vedr. fondant er SKM2015.620.SR. En virksomhed spørger om afgiftspligten på 29 forskellige fondantprodukter. Produkterne består hovedsagelig af sukker, glukosesirup, vand og essenser. Nogle af produkterne anvendes til glasur på kager, andre anvendes til at udstikke figurer eller forme blomster og figurer af.

Virksomheden er af den opfattelse, at deres fondantprodukter ikke er omfattet af afgiftspligten, hverken i § 1, stk. 1, nr. 4, eller som en erstatningsvare efter nr. 10. Det begrunder virksomheden med, at denne fondant ikke anvendes som ingrediens i slikprodukter.

Virksomheden påpeger herudover, at kager med fondantovertræk og fondantfigurer ikke er afgiftsbelagte ved import, hvilket de burde være, hvis disse fondantprodukter anses for afgiftspligtige varer. Der skal her gøres opmærksom på, at spørgsmålet er stillet inden SKM2014.471.SR er offentliggjort, og inden SKAT havde fjernet Landsskatterettens afgørelse vedr. glasur til kager i den juridiske vejledning.

Skatterådet tiltræder SKATs indstilling, som er, at varer, der er et egentligt fondantprodukt, er omfattet af afgiftspligten i § 1, stk. 1, nr. 4, enten som fondant eller som sukkervarer af enhver art. At nogle varer anses for fondant og andre for sukkervarer af enhver art skyldes, at nogle af varerne bliver hårdere, når de tørrer op, hvilket bevirker, at de ikke er egnet til overtræk af kager. Derimod kan de sidestilles med et bolsje, der »smelter i munden«, hvorfor SKAT anser dem for at være sukkervarer. De varer, der anses for smørcreme, er ikke omfattet af afgiftspligten, med mindre de har et indhold af chokolade, kakao eller lignende, for så er de afgiftspligtige efter § 1, stk. 1, nr. 1, som en chokoladevare.

5. Erstatningsvarer

I enkelte afgiftslove, herunder chokoladeafgiftsloven, er der indført en opsamlingsbestemmelse, som har til formål at beskatte efterlignings- eller erstatningsvarer. Dette er begrundet i konkurrencevilkår.[10] Tankegangen bag bestemmelsen er, at hvis en vare har samme formål og funktion som de afgiftspligtige varer og dermed konkurrerer med dem, bør de, uanset om de har et indhold af afgiftspligtige bestanddele eller ej, være omfattet af afgiftspligten.

Dette medfører, at der ikke kan opstilles klare retningslinjer. For hvornår er en vare en efterligning eller erstatning for et andet produkt, og hvornår er det en selvstændig vare? Bestemmelsen indebærer således, at afgrænsningen alene bygger på et skøn, hvilket ikke kan siges at være optimalt, da bestemmelser, der udelukkende bygger på skøn, altid vil være vanskelige at administrere efter.

Tages der udgangspunkt i opsamlingsbestemmelsen i chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1, nr. 10, så fremgår det af SKATs juridiske vejledning 2015-2, afsnit E.A.2.3. at:

»Andre varer, der efter en samlet bedømmelse af deres beskaffenhed og brug og den måde, hvorpå de markedsføres, kan betragtes som efterligninger af eller erstatningsvarer for de varer, der er nævnt ovenfor, undtagen kager, kiks og lignende.«

Og SKAT fortsætter:

»Ved vurdering af om et produkt kan betragtes som en efterligning af eller en erstatningsvare for fx chokoladevarer, er varens fremtræden og markedsføring lige så væsentlig som indholdet. Det betyder, at varer, der efter beskaffenhed og anvendelse minder om chokoladevarer, også er omfattet af afgiften.«

Det vil sige, at når en vare ikke er omfattet af afgiftspligten i § 1, stk. 1 nr. 1-9, så kan den være omfattet af afgiftspligten i nr. 10, hvis det efter en samlet bedømmelse af beskaffenhed, anvendelse og markedsføring anses for en erstatningsvare for produkterne i nr. 1-8. Det særlige ved denne bestemmelse er, at det således ikke er varernes indhold af afgiftspligtige bestanddele, der er afgørende for en evt. afgiftspligt. Dermed skal der, i modsætning til § 1, stk. 1, nr. 1-9 varer foretages et skøn over, om varerne er af en sådan beskaffenhed, har en anvendelse, samt markedsføres på en sådan måde, at de kan

10. Se f.eks. bemærkninger til 2010/1 LSF 111 Forslag til Lov om afgift af mættet fedt i visse fødevarer (Fedtafgiftsloven).

anses for at være erstatningsvare. Det er derfor vigtigt at fastslå, hvordan beskaffenhed, anvendelse og markedsføring skal fortolkes.

Når det ikke er indholdet af afgiftspligtige ingredienser, der medfører afgiftspligten, så må »beskaffenhed« alt andet lige skulle forstås som udseende som f.eks. form og indpakning. Altså fremstår varen på en sådan måde, at forbrugerne opfatter det som et alternativ til produkterne nævnt i § 1, stk. 1, nr. 1-8.

Da der altid vil være tale om en vare til fortæring, vil begrebet »anvendelse« ikke skulle tolkes ordret. For der er jo ingen tvivl om, at varen skal anvendes til fortæring. Derimod må det skulle tolkes ud fra kundernes intentioner ved købet af netop denne vare. Er det for at nyde noget sødt, altså opfatter kunden varen som et alternativ til f.eks. en chokoladevare, eller er det for at opnå en virkning i forbindelse med f.eks. sportsudøvelse eller for at opnå en ernæringsmæssig fordel.

Endelig er der spørgsmålet, hvordan »markedsføringen« skal tolkes i forbindelse med vurderingen af afgiftspligten. Hvis virksomhederne direkte nævner, at varerne er en erstatningsvare eller et sundere alternativ i forhold til almindelige slikvarer, så er problemet ikke så stort. Problemet opstår først, når virksomheden fremhæver produkterne som et kosttilskud i forbindelse med sportsudøvelse eller reklamerer for, at de kan anvendes som erstatning for et almindeligt måltid, samtidig med at produkterne udelukkende forhandles gennem f.eks. helsekostforretninger, sportsforretninger, fitnesscentre o.l.

For at se hvordan disse problemer er løst i praksis, vil der i det efterfølgende blive foretaget en analyse af en række afgørelser.

Det, der tilsyneladende har skabt de største problemer i forbindelse med vurderingen af erstatningsvarer, er salget af såkaldte helsekost- eller proteinbarer.

SKM2004.398.LSR omhandler en virksomhed, der sælger energibarer til sportsfolk. Produkterne sælges udelukkende gennem sportsforretninger, motionscentre, helsekostforretninger samt på virksomhedens hjemmeside. Virksomheden sælger tre former for energibarer. Produkterne forhandles i forskellige smagsvarianter og i tre forskellige typer i form af barer med overtræk af mælkechokolade eller yoghurt eller uden overtræk.

Barer med overtræk af chokolade eller yoghurt fremtræder som almindelige chokoladebarer med fuldstændigt overtræk. Barer uden overtræk fremtræder som frugtmasse i en brunlig nuance. Alle barerne har samme størrelse og form som almindelige chokoladebarer.

Virksomheden anser ikke deres produkter for omfattet af afgiftspligten, da de anser kundegruppen for at være sportsfolk og seriøse motionister, som har behov for en hurtig restitution efter træning, og som i det hele taget øn-

sker at leve sundt. Der er således ikke tale om forbrugere, der ønsker en chokoladevare.

Produkterne markedsføres da også på virksomhedens hjemmeside under følgende tekst,

»Brug energibar som et sundt mellemmåltid, eller som den sunde erstatning for chokolade og fedtholdige snacks. Energibar holder energiniveauet oppe og er det perfekte brændstof før, under og efter træning for hurtig restitution.«

Landsskatteretten kommer dog frem til, at barerne er omfattet af det afgiftspligtige vareområde. Barerne, der er overtrukket med chokolade, er omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1 – altså en chokoladevare. Landsskatteretten har lagt vægt på produktets indhold, form og størrelse, samt at det er fuldt overtrukket med chokolade. Det er korrekt, at det er en chokoladevare, men Landsskatteretten burde ikke inddrage varens form og størrelse i afgørelsen, da det er underordnet ved vurderingen af en chokoladevare.

Landskatteretten finder, at de barer, der er overtrukket med yoghurt, og barerne uden overtræk er omfattet af chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1, nr. 10. Også her lægger Landsskatteretten vægt på barernes form og størrelse, samt at disse netop markedsføres som et sundt alternativ til bl.a. chokoladebarer. Her har Landsskatteretten ganske korrekt inddraget varernes beskaffenhed, anvendelse og markedsføring i vurdering af, om en vare er en erstatningsvare eller ej.

Således kan det konstateres, at barerne har en form som en almindelig chokoladebar, og at varen både af producenter og forbrugere anses for at skulle »anvendes« som en erstatningsvare.

I forbindelse med markedsføringen har Landsskatteretten udtalt, at »det forhold, at produkterne alene sælges via motions- og helsecentre kan ikke tillægges afgørende betydning«. Dermed anser Landsskatteretten ikke salgsstederne for at være afgørende for markedsføringen.

Afgørelsen i SKM2009.816 LSR omhandler også afgiftspligten på proteinbarer. Virksomheden markedsfører sine produkter som enten energibarer, proteinbarer eller måltidserstattere og ikke som erstatninger for chokoladebarer. De sælges i fitnesscentre, helsekostbutikker, plejehjem og til private. Virksomheden sælger 8 forskellige slags proteinbarer. Alle barerne er overtrukket med enten chokolade eller yoghurt (som indeholder kakaosmør). Alle barerne har facon som almindelige chokoladebarer.

Virksomheden anser ikke sine produkter for omfattet af afgiftspligten. Dette begrunder de med det høje indhold af kulhydrater og protein, som er

beregnet til sportsudøvere eller som erstatning for et måltid. Desuden markedsføres produkterne ikke som erstatningsvarer.

Landsskatteretten anser dog alle proteinbarerne – også de yoghurtovertrukne – for omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1, om chokoladevarer. Dette begrunder Landsskatteretten ganske korrekt med, at de indeholder chokolade eller kakaosmør. Igen begår Landsskatteretten dog den fejl, at de inddrager barernes form og størrelse i begrundelsen. Det er udelukkende ved vurderingen af erstatningsvarer, disse parametre skal inddrages i vurderingen.

Igen udtaler Landsskatteretten, at

»det forhold, at produkterne alene sælges via motionscentre og lignende, kan ikke tillægges afgørende betydning ...«.

Det må således konstateres, at salgsstederne ikke har en afgørende betydning for, hvordan markedsføringen vurderes.

Også SKM2013.513.LSR omhandler en energibar. Produktet markedsføres i Danmark som et måltidserstatningsprodukt i kategorien Lav Kalorie Diæt. Energibarerne har facon som en almindelig chokoladebar og er fuldt overtrukket af yoghurtovertræk.

Virksomheden anser ikke deres produkt for omfattet af afgiftspligten, hvilket de begrunder med, at virksomhedens energibar ikke er chokoladebetrukket, og chokolade indgår ikke som en ingrediens i produktet. Og da virksomheden ikke markedsfører produktet som en erstatningsvare, kan det heller ikke være omfattet af § 1, stk. 1, nr. 10.

Landsskatteretten anser produkt for omfattet af chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1, nr. 10. Det begrunder de med, at barerne er overtrukket med yoghurt, der kan betragtes som en efterligning af chokolade, samt barernes form og størrelse. Herudover bemærker Landsskatteretten, at der ved vurderingen af afgiftspligten ikke er grundlag for at tillægge det vægt, om en vare evt. måtte være sundere end andre tilsvarende produkter.

I denne afgørelse anvender Landsskatteretten kun et parameter ved vurdering af afgiftspligten, nemlig »beskaffenhed«. Det kan undre, at »anvendelse« og »markedsføring« ikke vægtes i forbindelse med vurderingen, da det netop fremgår af loven, at det er en samlet vurdering af de tre parametre, der skal inddrages i vurderingen. Det kunne således med fordel have været nævnt, om virksomhedens produkt af forbrugerne ville blive anset for en erstatningsvare. Det synes dog ikke at være tilfældet, da virksomheden på intet tidspunkt har markedsført produktet som en erstatningsvare, tværtimod. Produktet fremtræder ikke som en almindelig chokoladebar, idet emballagen på produktet

tydeligt anpriser, at produktet er med et lavt kalorieindhold, og at produktet skal betragtes som et erstatningsmåltid.

Landsskatteretten traf i journalnummer 12-0189017 af 11. marts 2013 en afgørelse, der, hvis den står ved magt, ændrer den praksis, der indtil videre har været gældende på chokoladeafgiftsområdet. Sagen handler bl.a. om afgiftspligten på proteinbarer.

En virksomhed sælger bl.a. proteinbarer. Virksomhedens markedsføring retter sig specifikt mod personer, der har fokus på sundhed, helse og fitness. Proteinbarerne anses af virksomheden for et kosttilskud, og der bliver lagt vægt på, at de ikke fremstår som slik.

Det er oplyst, at proteinbarerne kun indeholder begrænsede mængder sukker, og at opskrifterne er udviklet specielt med henblik på at imødekomme behov hos idræts- og fitnessudøvere. Det forhold, at varerne er helt omsluttet af chokolade eller yoghurt, er et praktisk hensyn, som gør, at varerne ikke smuldrer eller på anden måde opløses. Virksomheden har gjort meget ud af, at markedsføringen adskiller produkterne fra traditionelle slikvarer, og at varerne også med hensyn til smag og pris adskiller sig fra traditionelle slikvarer.

SKAT anser barerne for afgiftspligtige som chokoladevarer efter § 1, stk. 1, nr. 1.

Landsskatteretten træffere en afgørelse med dissens. Tre retsmedlemmer finder,

»at de omhandlede proteinbarer, efter en samlet vurdering af deres karakter, ikke kan anses for at være omfattet af chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1. Der er herved henset til proteinbarernes indhold samt intentionen ved købet heraf. Der er ikke tale om erstatning for en almindelig chokoladebar. Proteinbarerne tages i forbindelse med fysisk udfoldelse.«

Disse tre retsmedlemmer anser således proteinbarerne for ikke at være omfattet af det afgiftspligtige vareområde i § 1, stk. 1. Det må siges, at denne afgørelse ikke alene er i strid med gældende praksis, men også er direkte i strid med lovgivningen. Når det skal vurderes, om en vare er en chokoladevare efter § 1, stk. 1, nr. 1, skal der alene tages hensyn til ingredienserne og intet andet. Her er der ingen tvivl om, at nogle af varerne indeholder chokolade. Disse er dermed omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1, uanset beskaffenhed, anvendelse og markedsføring.

Et retsmedlem, retsformanden, finder derimod,

»at de omhandlede proteinbarer efter en samlet vurdering af deres karakter må anses for at være omfattet af chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1. Der er herved henset til, at barerne er overtrukket med chokolade eller indeholder chokolade, samt barernes form og størrelse«.

Retsformanden anser således proteinbarerne for at være en chokoladevare, hvilket er i overensstemmelse med lovgivningen og gældende praksis på området.

SKAT har indanket denne afgørelse for domstolene, og landsretten har den 23. juni 2015 afsagt dom i sagen.[11] Der er nu truffet afgørelse om, at de proteinbarer, der er overtrukket med chokolade, er afgiftspligtige efter § 1, stk. 1 nr. 1. Denne del af afgørelsen er fuldt ud i overensstemmelse med lovgivningen og praksis på området.

Derimod er den anden del af dommen i strid med den praksis, der hidtil har været på området, da landsretten har anset virksomhedens barer med fuldt overtræk af yoghurt, og som ikke havde indhold af afgiftspligtige bestanddele, for ikke at være omfattet af afgiftspligten efter § 1, stk.1, nr. 10. Dette uanset at den ser ud som øvrige barer og markedsføres/anvendes på samme måde. Landsretten begrunder ikke afgørelsen, men skriver blot

»Således som sagen er oplyst, er det landsrettens opfattelse, at dette produkt ikke har karakter af en efterligning eller en erstatningsvare for en chokoladevare. Det gælder, uanset at produktet har samme form og sælges samme sted som chokoladevare.«

Da der ikke er afgiftspligtigt indhold, er der heller ingen dækningsafgift på disse produkter.

Denne afgørelse vil give problemer i forhold til de tidligere afgørelser. Da man i disse netop har anset energibarer med overtræk af yoghurt for at være en erstatningsvare efter nr. 10, især fordi de har samme form som en chokoladevare. Det må derfor forventes, at SKAT udarbejder en meddelelse om den praksisændring, der nødvendigvis må følge af dommen.

6. Andre særheder i chokoladeafgiftsloven

Der findes en del eksempler i den juridiske vejledning på afgørelser vedrørende varer, der er afgiftspligtige eller afgiftsfrie efter chokoladeafgiftsloven. På trods af at det er angivet, hvilken paragraf afgørelsen er truffet ud fra, en ingrediensliste, samt i visse tilfælde en beskrivelse af markedsføring og anvendelse, kan det ikke siges, at disse afgørelser er særligt informative. Dette skyldes, at der ikke er angivet en begrundelse for afgørelserne.

11. SKM2015.654.ØLR.

I det følgende analyseres nogle af disse afgørelser. Det skal dog erindres, at analyserne ikke kan være dybdegående, da begrundelsen for afgørelsen ikke er offentliggjort.

Et eksempel på uklar praksis er afgiftspligten på romkugler. Således anses små romkugler for at være en chokoladevare. Produktet sælges som slik og fremtræder som små romkugler, 2 cm i diameter og ca. 6.5 g pr. stk. Produktet er emballeret i gennemsigtig plastdåse, som indeholder 160 stk., og produktet er beregnet til salg i løs vægt. Produktet er fremstillet uden brug af kageaffald og indeholder sukker, glukose, sirup, dextrose, vegetabilsk fedt, mælkesukker, kakao, mælkepulver, arabigum og jamaicarom.

Derimod anses andre romkugler for at være en erstatningsvare. Produktet sælges som slik og fremtræder som runde kugler, 3 cm i diameter og 20 g pr. stk. Produktet er emballeret i pakninger af 50 stk., og er beregnet til salg i løs vægt i kiosker og lignende. Produktet er fremstillet af kageaffald med tilsætning af marmelade, kakao, romessens og overtrukket med fedtglasur og krymmel.

Endelig anses større romkugler ikke for at være omfattet af afgiftspligten. Produktet sælges som kage og fremtræder som runde kugler, 4,5 cm i diameter og ca. 65 g pr. stk. De er emballeret i detailsalgspakninger med 6 stk. i hver. Produktet er fremstillet af kageaffald med tilsætning af marmelade, kakao samt romessens og overtrukket med fedtglasur og krymmel.

Umiddelbart er det vanskeligt at forstå, hvorfor SKAT har valgt at anse disse produkter så forskelligt rent afgiftsmæssigt. Hvis der tages udgangspunkt i lighedspunkterne, så indeholder alle tre produkter kakao. Dette burde medføre, at de anses for at være afgiftspligtige efter § 1, stk. 1, nr. 1, chokoladevarer af enhver art. Det fremgår ingen steder, at anvendelsen af kageaffald udelukker et produkt for at være en chokoladevare Det eneste, der kan begrunde en fritagelse i dette tilfælde, er, hvis varen anses for at være en kage. Disse er fritaget for den fulde afgift i kapitel 1, men er omfattet af dækningsafgiftspligten i kapitel 3. Dermed er det udelukkende romkugler på 4,5 cm, der kan fritages for den fulde afgiftspligt. Det skal i givet fald begrundes med, at de markedsføres som kager.

Ses der på, hvilke produkter der er mest ens, så er der i to af produkterne anvendt kageaffald som ingrediens. Dette har dog ikke bevirket, at de behandles afgiftsmæssigt ens. Romkuglerne på 4,5 cm anses for at være en kage og dermed afgiftsfri efter kapitel 1. Romkuglerne på 3 cm anses for at være et erstatningsprodukt, men det fremgår desværre ikke, hvad de er erstatningsprodukt for. Der kan argumenteres for, at de skal anses for et erstatningsprodukt for (kage) romkuglerne, da de er fremstillet af de samme ingredienser, og så er de ikke omfattet af afgiftspligten.

Et andet område, der kan siges at være temmelig uklart, er dessertsauce. Dessertsauce er ikke afgiftspligtig i sig selv, men kan være omfattet af det afgiftspligtige vareområde, hvis det indeholder chokolade, kakao eller lignende. Dermed burde varer, der er ment som en erstatning for den afgiftspligtige dessertsauce, også være omfattet af afgiftspligten. I den juridiske vejledning er nævnt to afgørelser. Den ene vedrører et produkt, der anvendes som dessertsauce til is og fremtræder som en lys brun tyktflydende væske med karamelsmag. Produktet består af saccharose, vand, fedt, glukose, stivelse, mælkefedt, hasselnødder, konserveringsmiddel m.m. Dette produkt anses for at være en erstatningsvare. Den anden afgørelse vedrører et produkt, der også anvendes som dessertsauce til is. Det fremtræder som en rød, sødlig, tyktflydende væske med jordbærsmag, der består af vand, saccharose, jordbær, konserveringsmiddel m.m.. Dette produkt blev ikke anset for at være en erstatningsvare.

Ligheden mellem de nævnte produkter er, at de anvendes og markedsføres som dessertsauce til is. Forbrugerne må således antages at anse dem for alternativer til en dessertsauce med chokoladesmag. Forskellen er derfor alene, at den ene vare fremstår som brun og den anden som rød. Det fremgår ikke af lovteksten, at det er farven alene, der kan afgøre, om en vare skal anses for en erstatningsvare eller ej. Der er dog noget, der tyder på, at SKAT netop anser farven for at kunne være udslagsgivende for afgiftspligten. Således fremgår det af den juridiske vejledning, at et produkt, der sælges som smørepålæg og fremtræder som et lysebrunt kunsthonningprodukt bestående af sukker, vand, kaffe, moccaekstrakt og vanilje-essens, ikke er omfattet af det afgiftspligtige vareområde, medmindre det fremstilles med en mørkebrun farve. Der er desværre ikke en uddybende begrundelse for denne afgørelse, men afgørelsen kan ikke begrundes ud fra en fortolkning af begreberne i lovteksten. Da kunsthonningproduktet ikke har afgiftspligtige bestanddele, vil det alene skulle bedømmes ud fra »beskaffenhed«, »anvendelse« og »markedsføring«. »Beskaffenhed« må antages at skulle fortolkes som udseende og indpakning/emballage. Det må antages, at produktet vil blive solgt i den samme slags emballage uanset farven. Det kan ikke antages, at produktets »form« ændres ved at tilsætte en anden farve; altså vil det udelukkende være farven, der får produktet til at ændre udseende. Om produktet er lysebrunt eller mørkebrunt er næppe afgørende for, hvordan forbrugerne anvender det. Det må antages, at forbrugerne køber produktet for at få noget sødt »pålæg«. Endelig er det vanskeligt at forestille sig, at »markedsføring« af et kunsthonningprodukt vil afhænge af farven.

SKAT kunne derimod have skrevet, at et lignende produkt, der er mørkebrunt, og som er tilsat essens, så det smager af chokolade eller kakao, skal

anses for at være afgiftspligtigt, da der vil være tale om en erstatning for en chokoladevare. Det ville dermed ikke være farven, der var det afgørende, men det at produktet ville have et udseende, der minder om en chokoladevare, og at produktet ville blive anvendt af forbrugerne som en erstatning for en chokoladevare. Højst sandsynligt ville et sådan produkt også blive markedsført som en chokoladevare af producenten. Dermed ville det ikke være farven, der var afgørende for afgiftspligten.

7. Afsluttende bemærkninger

Som det fremgår af ovenstående, er det langt fra enkelt at afgøre, om et produkt er omfattet af det afgiftspligtige vareområde i chokoladeafgiftsloven eller ej. Det ser umiddelbart også ud til at myndighederne og domstolene har vanskeligt ved at fastlægge en klar og entydig fortolkning af det afgiftspligtige vareområde. Således må den sidste nye afgørelse vedrørende afgiftspligten på energibarer medføre en ny praksis hos SKAT, og det bør medføre en mulighed for genoptagelse af tidligere afgørelser.

Herudover bør SKAT få ryddet op i de afgørelser, der fremgår af den juridiske vejledning, så det udelukkende er afgørelser, hvor begrundelsen for afgørelsen fremgår, der er nævnt. Dette vil alt andet lige medføre færre misforståelser og give en bedre retssikkerhed.

Det kunne være ønskeligt med en gennemgribende revision af chokoladeafgiftsloven. Det vanskelige er dog at komme med forslag, der ikke bare rejser nye fortolkningsproblemer.

Umiddelbart kunne det være fristende at foreslå, at det var indholdet af afgiftspligtige bestanddele, der alene skulle afgøre, om et produkt var afgiftspligtigt eller ej.

Det vil imidlertid rejse flere problemer. For det første skal det afgøres, hvilke bestanddele der skal være afgiftspligtige. Hvis man ønsker at ramme de samme produkter som i dag, vil det umiddelbart være enkelt at sige kakao og lakrids uanset i hvilken form, det optræder.

Det bliver straks mere vanskeligt, hvis man vil forsøge at finde bestanddele, der kan dække de øvrige produkter i den nuværende chokoladeafgiftslov.[12] For det eneste, de øvrige produkter har til fælles, er indholdet af sukker eller sødestof, og det vil i givet fald være det, der skal afgiftsbelægges.

For det andet vil man skulle forholde sig til, at mange produkter, som i dag er uden for det afgiftspligtige vareområde, vil blive omfattet af afgiftspligten.

12. Se chokoladeafgiftslovens § 1, stk. 1 nr. 3-9.

F.eks. er det ikke usædvanligt, at der anvendes kakaosmør i kosmetik. Derfor ville disse produkter blive omfattet af afgiftspligten, hvilket de ikke er i dag. For at forhindre dette kunne man fastholde, at produkterne skal være egnet til menneskeføde, hvilket i givet fald ville skulle defineres mere entydigt, end det er i dag, for at undgå misforståelser.[13]

Hvis man vælger at indføre en afgift på alle produkter, der har et indhold af sukker, vil det blive et meget omfattende vareområde, da sukker ofte anvendes som smagsforstærker i alt fra drikkevarer til levnedsmidler af enhver art.

Dermed vil en sådan ændring af det afgiftspligtige vareområde medføre, at en del virksomheder, som i dag ikke er omfattet af chokoladeafgiftsloven, pludselig skulle til at registreres og afregne chokoladeafgift af deres produkter.

Det vil være en politisk afgørelse, om en omlægning af chokoladeafgiftsloven må medføre en væsentlig udvidelse af det afgiftspligtige vareområde eller ej. Det kan dog være vanskeligt at se, hvordan en ændring ikke vil medføre dette.

Så det bedste råd til en ændring af chokoladeafgiftsloven, som vil medføre en administrativ lettelse for virksomhederne og samtidig ikke giver en udvidelse af det afgiftspligtige vareområde, er vanskelig at få øje på, med mindre lovgiver afskaffer loven.

13. Se diskussionen i afsnit 3. Chokoladevarer. Det skal dog bemærkes, at så ville dyrefoder o.l. blive fritaget for afgiftspligten, hvilket de ikke er i dag.

Om organiseringen af det offentliges retssagsførelse

Af Frederik Waage

1. Indledning

Den 1. januar 2015 trådte en ny kammeradvokataftale i kraft. Aftalen fastholder i det væsentlige, at kun ét privat advokatfirma fører civile retssager på vegne af de statslige myndigheder, og den moderniserer på flere områder den hidtidige kammeradvokatordning.

Med udgangspunkt i den nye kammeradvokataftale og oplysninger indhentet fra forskellige ministerier belyser artiklen, hvorledes de statslige myndigheder organiserer den civile retssagsførelse ved domstolene i sager om myndighedsudøvelse.

2. Den historiske baggrund for kammeradvokatordningen

I slutningen af det 17. århundrede oprettedes *Kammerretten,* der var en form for disciplinærdomstol i *kancelliet* – enevældens centraladministration.[1] Betegnelsen *Kammeradvokat* benyttedes fra 1684 om en højtstående embedsmand, der mødte og forelagde sager for Kammerretten. De embeder, der blev varetaget af kongens øverste embedsmænd, var imidlertid ikke fast afgrænsede under enevælden, og Kammeradvokaten kom efterhånden også til at varetage nogle andre typer sager, herunder civile retssager ved de almindelige domstole. Kammeradvokaten fik efterhånden overdraget ansvaret for retssagsbehandlingen i alle sager mod statskassen. Fra 1718 fik Kammeradvokaten tilladelse til at føre private retssager ved siden af statens retssager. Mod enevældens afslutning bestod Kammeradvokatens hovedopgave i at give møde ved de almindelige domstole og forestå juridisk konsulentvirksomhed

1. Der var hovedsageligt tale om sager, som i dag ville blive betragtet som straffesager, jf. Morten Westrup, Kammeradvokaten, Kammerretten og Generalprokurøren, side 1 ff. Artiklen er tilgængelig fra kammeradvokatens hjemmeside. Se også Mads Bryde Andersen, Advokatretten, 2005, side 240.

til brug for kancelliet gennem betænkninger.[2] Denne ordning blev videreført efter enevældens afslutning, idet man dog alene opretholdt en stilling som såkaldt konstitueret Kammeradvokat. Denne var fortsat – indtil 1935 – en embedsmand, der førte civile retssager. Sideløbende anvendte centraladministrationen i nogen grad andre private sagførere.

I 1935 ændredes kammeradvokatordningen radikalt, idet Finansministeriet besluttede helt at udlicitere ordningen og overdrage det tidligere embedshverv til en privatpraktiserende sagfører, der dog fortsat var kongeligt udnævnt.[3] Ændringen krævede ikke lovhjemmel. Som begrundelse for den ny ordning angav Finansministeriet, at det ville være billigst, hvis samtlige ministerier kun benyttede én sagfører, fremfor at ministerierne i enkelte tilfælde traf særlige aftaler baseret på ekstern sagførerbistand. Den nu privatpraktiserende Kammeradvokat fik fastsat et salær, der ifølge aftalen svarede til 2/3 af den takstmæssige betaling i sager, hvor der fandtes sagfører-salærtakster. Det blev endvidere fremhævet som en fordel, at Kammeradvokaten kunne opnå et særligt kendskab til administrationen, således at denne med særlig tillid kunne betros den pågældende varetagelse af statens interesser. Det var et hovedhensyn bag kammeradvokatordningen, at Kammeradvokaten ville få en *central og koordinerende* funktion i forhold til centraladministrationens retssagsførelse.[4]

I dag er kammeradvokatordningen fortsat forankret i Finansministeriets regi under Moderniseringsstyrelsen. Justitsministeriet har aldrig på det organisatoriske plan været involveret i samarbejdet med statens vigtigste eksterne juridiske rådgiver. Finansministeriets rolle i forhold til Kammeradvokaten er først og fremmest koordinerende.[5] De enkelte ministerier afregner direkte til Kammeradvokaten inden for eget budget, og der er, som det vil fremgå af

2. Jf. Westrup, anf.st. Om Kammeradvokatens historie i øvrigt, se navnlig Karsten Hagel-Sørensen, Rådgivning og interessevaretagelse for staten: Den danske model, Justitiekansleren 300 år, Stockholm, 2013.
3. Se Beretning nr. 30/1982 om kammeradvokatordningen og statens benyttelse af anden advokatbistand.
4. Ved oprettelsen af den gældende ordning var det således meningen, at der skulle oprettes et arkiv vedrørende de for Kammeradvokaten forelagte sager, ligesom Kammeradvokaten ved den nære tilknytning til statens forskellige administrationsgrene fik adgang til at »opnaa et saadant kendskab til statens almindelige administrative forhold, saa dette i forbindelse med hans adgang til almindelig sagførerpraksis vil gøre, at man med særlig tillid kan betro den paagældende varetagelsen af statens interesser i retssager og benytte den paagældende som konsulent i retsspørgsmaal«, jf. Morten Westrup, Kammeradvokaten, Kammerretten og Generalprokurøren, side 13.
5. Det fremgår af den ny kammeradvokataftales punkt 20, at der for at sikre og formidle det nødvendige samarbejde etableres en samarbejdsorganisation med deltagelse af

det følgende, betydelige forskelle på, hvordan ministerierne organiserer det nærmere samarbejde med Kammeradvokaten.

3. Den ny kammeradvokataftale

3.1. Kammeradvokaten er blevet en juridisk person

Fra 1935 til 2014 var Kammeradvokaten en partner i det advokatfirma, der i dag hedder Poul Schmith. Mens advokatbranchen indtil de sidste årtier af det 20. århundrede primært var koncentreret om enkeltmandsvirksomheder og mindre kontorfællesskaber mellem advokater, der var generalister, er udviklingen siden gået i retning af en koncentration i større advokatvirksomheder med specialistafdelinger.[6]

Denne udvikling har også i høj grad præget organiseringen af det offentliges advokatbistand. Advokatfirmaet Poul Schmith havde i 1994 ansat 42 jurister. Kontoret blev dengang fra flere sider kritiseret for ikke at være tilstrækkeligt specialiseret i forhold til statens behov for advokatbistand.[7] I dag er Advokatfirmaet Poul Schmith blandt de fire største advokatvirksomheder i Danmark, og kontorets specialer er blevet udvidet meget væsentligt.[8] Kontoret tæller således 212 jurister[9] og et større antal øvrige medarbejdere.

Når en privat klient får leveret varierende juridiske ydelser fra en større advokatvirksomhed, vil en bestemt advokat typisk være klientens »indgang« til virksomheden. Denne vil fremstå som sagsansvarlig partner eller lignende på firmaets brevhoveder m.v., uanset hvilken specialistafdeling i advokatkontoret, der reelt forestår (hele) sagsbehandlingen.[10] Hos advokatfirmaet Poul

repræsentanter fra Kammeradvokaten og Finansministeriet og at parterne holder driftsmøder og årsmøde.

6. Om udviklingen i advokatbranchen i retning af højere grad af specialisering mv., se f.eks. Mads Bryde Andersen, forhandlingerne ved Det 39:e nordiske juristmøde i Stockholm, 18-19. august 2011, side 471ff.
7. I et interview i Jyllandsposten fra 23. oktober 1994 udtalte professor Erik Werlauff: »Generelt tror jeg, at de er dygtige på kammeradvokatens kontor. Men ét enkelt firma kan ikke klare at dække alle områder.« Den tidligere ombudsmand Lars Nordskov Nielsen udtalte i samme artikel, at han vurderede, at Advokatfirmaet Poul Schmiths eneret afskar staten fra at få specialhjælp. Det principielt rigtige var ifølge Nordskov Nielsen, at staten frit kunne vælge advokat inden for de forskellige sagsområder.
8. Jf. Berlingske Business magasin, 27. marts 2015, side 60.
9. Jf. Økonomisk Ugebrev, 25. oktober 2015, side 11. Ifølge ugebrevet havde advokatfirmaet 136 jurister i 2010.
10. Til eksempel kan henvises til advokatkontoret Gorrissen Federspiels klientvejledning, der er tilgængelig fra firmaets hjemmeside: »Hver klient er tilknyttet en sags-

Schmith havde den af Dronningen udnævnte Kammeradvokat indtil 2015 nærmest status som en overordnet sagsansvarlig partner, idet han formelt »ejede« kammersagerne. Dette var tilfældet, selv om over 70 procent af advokatfirmaets samlede indtægter i 2012 angiveligt stammede fra disse sager,[11] og selvom Kammeradvokaten *de facto* var valgt af advokatfirmaets interessenter (partnere), der afgav en indstilling til ministeriet/Dronningen, når der skulle udpeges en ny Kammeradvokat. Med kammeradvokataftalen fra 2015 skete der en formel ændring af dette forhold, idet Kammeradvokaten overgik fra at være en *fysisk* til at være en *juridisk* person. Det fremgår således af kammeradvokataftalens pkt. 1, at »[v]ed Kammeradvokaten forstås advokatfirmaet Poul Schmith.« Staten blev formelt selve advokatkontorets klient, hvorfor den daværende Kammeradvokat ved aftalens ikrafttræden anmodede Dronningen om at blive fritaget for sit hverv, idet han i øvrigt fortsatte som partner i virksomheden. En mere end 300 år lang tradition for kongelig udnævnelse af Kammeradvokaten var hermed afsluttet.

Advokatfirmaet Poul Schmith opretholder fortsat et system, hvorefter sager, der føres på vegne af staten, ved journaliseringen holdes adskilt fra kontorets andre private sager, ligesom kammeradvokatsagerne har et særskilt brevpapir. Kammeradvokataftalen indeholder ikke nærmere vilkår om brugen af ordet »kammeradvokat« i andre sammenhænge end efter kammeradvokataftalen, men det må antages, at advokatkontorets brug af betegnelsen »Kammeradvokat« må begrænse sig til alene at vedrøre de opgaver, der føres for statslige klienter.[12] En yderligere brug af titlen i retssager, der føres på vegne af private parter, ville således nok skabe en uberettiget formodning om, at statslige myndigheder havde en særlig interesse i den konkrete (private) retssag, hvilket ville være problematisk i forhold til den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.

ansvarlig partner. I forbindelse med hver konkret opgave vurderer partneren, hvilke ressourcer, der skal involveres. I takt med at vort samarbejde udvikler sig, får du naturligt kontakt med de andre jurister, der behandler din sag.«

11. Med udgangspunkt i oplysninger fra en intern årsrapport fra advokatfirmaet fra 2012 beregnede Berlingske således, at advokatkontoret havde en indtægt fra ikke statslige klienter på 134 mio. kr., mens de statslige indtægter udgjorde 319 mio., jf. Berlingske Business magasin, 24. januar 2014, side 64.
12. I sager, som Kammeradvokaten alene fører på vegne af kommuner, kan advokatfirmaet derfor næppe være berettiget til at benytte titlen *Kammeradvokat*. Dette har der tilsyneladende tidligere været praksis for, jf. f.eks. U 2005.1457 H, U 2006.2896 H, U 2012.2324 H.

3.2. Opløsning af Kammeradvokatens monopol?

I den beretning, som Folketingets retsudvalg afgav til finansministeren forud for de afgørende forhandlinger om en ny kammeradvokataftale, var det indstillet, at statens institutioner fremover i højere grad selv skulle kunne varetage juridiske opgaver, f. eks. således, at statens embedsmænd selv skulle give møde i retssager.[13] Den tidligere kammeradvokataftale var i praksis blevet fortolket på den måde, at de enkelte myndigheder ikke selv måtte føre retssager, jf. f.eks. Kulturministeriets interne vejledning om retssagsførelse mv. Det anføres her, at kammeradvokatordningen begrænser ministerets muligheder for selv at løse opgaver vedrørende sager, der skal føres ved blandt andet domstolene.[14]

Af Folketingets beretning fremgik det endvidere, at der i nogen grad skulle åbnes op for, at andre advokater end Kammeradvokaten skulle kunne repræsentere staten. Diskussionen om advokatfirmaet Poul Schmiths monopol på statens retssagsførelse havde forinden stået på i årtier. Herunder havde mange endvidere stillet spørgsmål ved, om monopolet skulle sættes i udbud. En konflikt med den daværende kammeradvokatordning og de unionsretlige udbudsregler blev imidlertid afvist af Justitsministeriet i et notat fra 2012. Justitsministeriet fandt her, at ministeriet var mest tilbøjelig til at mene, at den samlede kammeradvokataftale ikke havde en sådan grænseoverskridende interesse, at der skulle ske en forudgående offentliggørelse, før der kunne indgås en ny aftale. Ministeret lagde navnlig vægt på, at det generelt gjaldt for de ydelser, som leveredes som 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.[15] Den nye kammeradvokataftale er ikke tidsbegrænset, og den er i øvrigt i nogen grad »fremtidssikret« i kraft af den nedenfor nævnte klausul om varsling mv. Det synes således forudsat, at der kan ske meget vidtgående ændringer i kam-

13. Beretningen er tilgængelig under forslag til folketingsbeslutning nr. 14 af 24. oktober 2012 om udbud af statens advokatarbejde. Se endvidere Moderniseringsstyrelsens rapport af 4. december 2012 om statens køb af juridiske ydelser. Rapporten er tilgængelig fra styrelsens hjemmeside.
14. Vejledningen er senest opdateret 15. april 2014 og tilgængelig via ministeriets intranet. Også før den nye kammeradvokataftale var der dog enkelte undtagelser fra udgangspunkt om, at det offentlige ikke måtte møde ved egne medarbejdere jf. Frederik Waage, *Om offentligt ansatte som rettergangsfuldmægtige*, U 2014 B.192, med omtale af Forbrugerombudsmandens civile retssagsførelse.
15. Lovafdelingens notat af 17. august 2012. Offentliggjort som bilag til Moderniseringsstyrelsens rapport af 4. december 2012 om statens køb af juridiske ydelser.

meradvokatordningen, uden at der vil skulle indgås en ny aftale med de dertil forbundne problematikker i forhold til et eventuelt udbud af hele ordningen.

Statslige myndigheder vil i henhold til den nye kammeradvokataftale kunne vælge selv at lade sig repræsentere ved domstolene i enkelte sager.[16]

En myndighed kan herefter beslutte at føre en enkelstående retssag ved egne medarbejdere uden at Moderniseringsstyrelsen (og Kammeradvokaten) skal inddrages i beslutningen herom.[17] Det følger imidlertid af den nye aftale, at Finansministeriet skriftligt skal oplyse Kammeradvokatens ledelse om ændringer i statens indkøbsstrategi, herunder f.eks. om en myndighed vælger at hjemtage opgaver på et sagsområde. Ændringen i strategien skal ske med et varsel på løbende år plus ét år.[18] Med ændringer i indkøbsstrategien tænkes der ifølge aftalen blandt andet på en portefølje af retssager, som myndigheden selv ønsker at overtage behandlingen af, eller en beslutning om fremover selv at løse sager inden for et givent retsområde. Der er ikke tale om ændring af en indkøbsstrategi, såfremt beslutningen kun gør sig gældende for enkelte konkrete sager, men alene såfremt et samlet sagsområde ikke længere skal varetages af Kammeradvokaten.[19]

Skal de enkelte ministerier oprette egentlige retssagskontorer med embedsmænd, der er specialiserede i retssagsførelse eller med statsansatte advokater, der forestår sagsbehandlingen af en større portefølje af retssager, vil det således skulle ske i samarbejde med Finansministeriet, som forinden i god tid skal varsle Kammeradvokaten herom.[20]

Retsplejeloven indeholder ingen særlige procesregler for statens egen repræsentation ved domstolene. Medmindre det offentlige ansætter egne advokater, vil en repræsentation ved domstolene skulle ske i medfør af den almin-

16. Se kontrakt af 18. december 2014 mellem Finansministeriet og Advokatfirmaet Poul Schmith om levering af juridiske ydelser (i det følgende *kammeradvokataftalen*), punkt 3.
17. Derimod vil en myndighed altid vil skulle indgå aftale med Finansministeriet (Moderniseringsstyrelsen), hvis myndigheden ønsker at engagere en anden advokat end Kammeradvokaten, jf. aftalens punkt 6.1.
18. Se anf.st., punkt 6.2.
19. Om disse vilkår, se nærmere Vejledning om kammeradvokatordningen, side 8. Tilgængelig fra Moderniseringsstyrelsens hjemmeside.
20. Moderniseringsstyrelsen har til brug for denne artikel oplyst, at der ultimo 2015 ikke var nogen myndigheder, der havde rettet henvendelse til styrelsen med ønske om ændring af indkøbsstrategi. Styrelsen var endvidere ikke bekendt med, at andre statslige myndigheder end Ankestyrelsen og Forbrugerombudsmanden varetog ordinær civil retssagsførelse ved egne medarbejdere. Om problemer relateret til oprettelsen af proceskontorer i forvaltningen i øvrigt, se Frederik Waage, Om offentligt ansatte som rettergangsfuldmægtige, U 2014 B.192.

delige regel for selvmødere, jf. retsplejelovens § 260, stk. 3, nr. 4. En statslig part kan herefter lade sig repræsentere ved personer, der er ansat hos parten for et tidsrum, der ikke er kortere end 1 måned, og – når parten ikke selv er advokat – når ansættelsen ikke er sket med det særlige formål at møde i retten. Bestemmelsen forhindrer, at der i staten, regionerne og kommunerne, oprettes enheder, hvor jurister, der ikke er advokater eller advokatfuldmægtige, er beskæftiget alene med det formål for øje at møde i retten. Medmindre retsplejeloven ændres, vil det offentliges egen retssagsførelse derfor enten skulle varetages af statsansatte advokater/advokatfuldmægtige, eller af jurister, der alene beskæftiger sig med retssagsførelse på deltid.[21]

Selv om enkelte myndigheder i dag forestår civile retssager ved egne medarbejdere, må det på ovennævnte baggrund forventes, at langt den største del af statens retssagsførelse fortsat vil blive varetaget af Kammeradvokaten. De nye aftalebestemmelser indebærer imidlertid, at der kan ske *insourcing* af statens retssager, og at andre advokater på sigt vil kunne overtage opgaver, der i dag udføres af Kammeradvokaten, uden at der skal forhandles en ny aftale. Monopolet, der blev etableret med kammeradvokataftalen fra 1935, er derfor i nogen grad modificeret, og aftalen giver i hvert fald på papiret staten en stor frihed i tilrettelæggelsen af egen repræsentation.

3.3. Ny aflønningsstruktur

Mens forhandlingerne bag den nye kammeradvokataftale verserede, var der både i medierne og fra politisk side en betydelig interesse for statens aflønning af Kammeradvokaten. Debatten tog blandt andet afsæt i det forhold, at statens udgifter til advokatbistand er steget voldsomt i de senere år. Advokaternes salær i de enkelte sager blev stadig i 2014 beregnet ud fra 2/3 af den almindelige takst for advokatbistand ud fra det ovennævnte princip, der var blevet fastlagt i 1935. Denne aflønningsform blev imidlertid fra flere sider kritiseret for at være for uigennemsigtig. Aflønningsformen var endvidere også på andre måder kontroversiel. Indtil 2014 beregnedes Kammeradvokatens salær i lands- og højesteretssager efter de sædvanlige salærkriterier, der gælder for private advokaters aflønning i civile retssager. I overensstemmelse med retspraksis på det privatretlige område opkrævedes honoraret blandt andet med vægt på det »opnåede resultat.« Kammeradvokaten blev altså i praksis tildelt et højere salær afhængigt af, om sagen blev tabt eller vundet, også i f.eks. offentligretlige sager om ret til sociale ydelser og sager om statens

21. Se om denne problemstilling anf.st., afsnit 5.

overholdelse af menneskerettigheder.[22] Med den nye kammeradvokataftale er »2/3-reglen« og de sædvanlige salærkriterier forladt[23] og erstattet af på forhånd fastsatte priser, afhængigt af hvilken stillingskategori af advokater/fuldmægtige, der har varetaget sagsbehandlingen.[24] Kammeradvokataftalen indeholder endvidere forskellige bestemmelser om salæroverslag forud for opgavens udførelse, der skal medvirke til at sikre øget gennemskuelighed i forhold til det offentliges indkøb af juridiske ydelser.[25]

4. Tilrettelæggelsen af retssagsbehandlingen i ministerierne

Inden for de enkelte ministerier er der en forskelligartet praksis for tilrettelæggelsen af retssagsbehandlingen og for samarbejdet mellem myndighederne og Kammeradvokaten. Skatteministeriet har som eneste centrale statslige myndighed offentliggjort en retssagsvejledning, der fastlægger arbejdsgangen for ministeriets behandling af civile skatteretssager.[26] Andre ministerier har fastlagt interne retningslinjer, der i nogen grad afspejler, hvorledes sagsbehandlingen tilrettelægges. I det følgende undersøges det offentliges retssagsførelse nærmere med udgangspunkt i Skatteministeriets retssagsvejledning, og med perspektivering til forskellige af de øvrige nævnte interne retssagsvejledninger. Endvidere inddrages de advokatetiske regler, fordi disse fastlægger helt overordnede retningslinjer for relationen mellem advokat og klient, også hvor det offentlige optræder som procespart.

4.1. Skatteministeriets retssagsvejledning

Skatteministeriets retssagsvejledning har for det første en rent oplysende funktion for ministeriets medarbejdere, idet visse af retsplejelovens og forvaltningslovgivningens regler angående retssagsførelse gengives.[27] Vejledning-

22. Om denne problemstilling, se nærmere Frederik Waage, Om loyalitet, forvaltningsretlige principper og det offentliges retssagsførelse, Juridiske Emner ved Syddansk Universitet 2013, side 419ff.
23. Jf. Kammeradvokataftalens punkt 12. Se tillige Advokaten nr. 1, 2015, side 24f.
24. Der opereres med kategorierne partner, advokat med mere end 3 års erfaring, advokat med mindre end 3 års erfaring, advokatfuldmægtig og anden fuldmægtig, jf. kammeradvokataftalens punkt 12.2.
25. Jf. kammeradvokataftalens punkt 10.
26. Skatteministeriets retssagsvejledning af 21. december 2012, SKM 2012.756, punkt 1.1. (i det følgende *retssagsvejledningen*.)
27. Herunder særligt vejledning om en sag skal føres ved byret eller landsret, jf. punkt 2.1, tre-dommerbehandling, jf. punkt.2.2, småsagsprocessen, jf. punkt 2.3, aktind-

gen fremstår herudover som retningsgivende for Skatteministeriets ansatte i forbindelse med de overvejelser, der går forud for foretagelsen af visse processuelle retsskridt.

I Skatteministeriets oversigt over anvendelse af Kammeradvokaten fra 2014 anføres det, at retningslinjerne, der er fastlagt i retssagsvejledningen, er restriktive.[28] Det fremgår endvidere, at Skatteministeriet årligt anlægger ca. 15 retssager ved domstolene, og at disse udelukkende anlægges, hvis de er af principiel karakter, eller hvis særlige forhold taler for det. Der indbringes ifølge ministeriets opgørelse årligt i alt ca. 300 skattesager for domstolene.

I vejledningens punkt 1 opstilles nogle hovedprincipper for sagsbehandlingen i forbindelse med statens retssager, der helt konsekvent skal iagttages af ministeriets ansatte. Punktet indeholder forskellige begrænsninger i forhold til myndighedens sagsbehandling. Det anføres blandt andet, at retssager skal afsluttes med »den rigtige afgørelse« på det tidligst mulige tidspunkt.[29] Hensynet svarer i nogen grad til den brede indledende bestemmelse i de advokatetiske regler, hvorefter advokatens opgave er at »fremme retfærdighed og modvirke uret.«[30] Det er imidlertid klart, at hensynet til modparten i hvert fald ud fra vejledningens ordlyd går videre i forhold til Skatteministeriets sagsbehandling. Af punkt 1.1. fremgår det således, at Skatteministeriet som hovedregel ikke indbringer Landsskatterettens kendelser for domstolene. Vejledningen foreskriver tillige, at Skatteministeriet kun indbringer en sag for domstolene eller anker en dom, hvis der er tale om en principiel afgørelse, eller hvis særlige grunde taler derfor.[31] Principielle sager defineres samme sted som sager, der kan få betydning for et større eller ukendt antal skatteydere. Særlige grunde kan være, at sagen drejer sig om væsentlige beløb, eller at den har betydelig interesse, selv om den ikke er principiel. Hvis Skatteministeriet vælger at indbringe en sag for domstolene eller at anke en dom, skal der i henhold til vejledningen være begrundet formodning for, at den vil ende med et andet resultat i sagen.[32] Også her distancerer retssagsvejledningen sig fra de advokatetiske reglers »mindstekrav«, der alene foreskriver, at advokaten

sigtsreglerne i forvaltnings- og offentlighedsloven, jf. punkt 5.4, søgsmålsfrister, jf. punkt 7.1, ankefrister, jf. punkt 8.1, regler for 3. instansbevilling mv., jf. punkt 9.2, retssagsvejledningen indeholder herudover et bilag angående sagsprocedurer hos andre myndigheder, hvor blandt sagsbehandlingen af de tværministerielle EU-sager i Juridisk Specialudvalg belyses.

28. Skatteministeriets oversigt over anvendelse af Kammeradvokaten, 2014, side 6.
29. Se retssagsvejledningens punkt 1.1.
30. De advokatetiske reglers punkt 1.
31. Retssagsvejledningens punkt. 1.1 og 1.2.
32. Retssagsvejledningen, anf.st.

ikke må foretage unødige retsskridt eller søge klientens interesser fremmet på utilbørlig måde.

Ifølge vejledningen sender departementet hurtigst muligt en modtaget stævning til Kammeradvokaten. Samtidig beder departementet Kammeradvokaten om at varetage Skatteministeriets interesser i sagen.[33] I tilfælde af at SKAT er sagsøger og ønsker en landsskatteretskendelse indbragt for domstolene, træffer SKAT ifølge vejledningen beslutning herom, efter at Kammeradvokaten har vurderet, om sagen vil ende med et andet resultat, hvis domstolene behandler den.[34]

Kammeradvokaten vil normalt have en afgørende rolle ved afklaringen af spørgsmål, om en sag skal føres eller ej. I henhold til vejledningens punkt 3.3. skal Kammeradvokaten, hvis denne mener, at en sag er tvivlsom, eller at der ikke er grundlag for at føre sagen videre i fuldt omfang, sende en indstilling om dette til departementet. Kammeradvokaten skal særligt uddybe sin indstilling i de sager, hvor der er tvivl om beviset, og hvor det er overvejende sandsynligt, at Skatteministeriet vil tabe sagen. Det samme angives at gælde i de sager, der drejer sig om retsanvendelse, men hvor afgørelsen hverken har støtte i lovteksten eller i lovforarbejderne, eller hvor afgørelsen i sagen er åbenbart urimelig.

4.2. Forudsætningen om advokatens uafhængighed

De advokatetiske regler fremhæver, at advokaten ved sin repræsentation af klienten skal iagttage fortrolighed samt bevare sin uafhængighed og integritet, herunder i forhold til staten.[35] Forudsætningen om advokatens uafhængighed, genfindes i retssagsvejledningen. Af vejledningen fremgår det således, at Kammeradvokaten selvstændigt står for retssagens tilrettelæggelse og førelse, og at departementet og SKAT som udgangspunkt kun skal modtage stævning og dom i sagen, men hverken svarskrift, replik, duplik eller andre processkrifter eller bilag.[36] Umiddelbart kan denne fremgangsmåde synes at være i konflikt med de advokatetiske reglers punkt 9.2, hvorefter en advokat i passende omfang skal holde klienten underrettet om sagens forløb. Det fremgår imidlertid af retssagsvejledningens punkt 3.3., at der gælder vidtgående oplysningsforpligtelser for Kammeradvokaten i forhold til at orientere departementet og SKAT, når en af parterne har truffet væsentlige beslutninger i sagen. Udgangspunktet om »begrænset klientinformation« fraviges herudover i

33. Retssagsvejledningen, afsnit 4.
34. Retssagsvejledningen, punkt 7.
35. De advokatetiske reglers punkt 1.
36. Retssagsvejledningen, punkt 3.1.

sager, der ifølge vejledningen er underlagt »særlig overvågning«, hvilket bl.a. indbefatter sager, som Skatteministeriet selv har indbragt for domstolene, og sager, som staten har anket.

Det følger i øvrigt blandt andet af vejledningen, at Kammeradvokaten undtagelsesvis kan sende udkast til processkrifter til departementet, før de afgives.[37] At en sådan forelæggelse har undtagelsens karakter er muligvis i overensstemmelse med almindelig praksis i nogle ministerier. I flere ministerier, f.eks. Justitsministeriet, ses der dog et betydeligt større engagement fra embedsværkets side i forhold til »overvågning« af Kammeradvokatens procesførelse.

Retssagsvejledningen fastlægger, at skattemyndighederne skal give Kammeradvokaten besked straks, hvis man bliver opmærksom på forhold, som kan have betydning for en verserende retssag, ligesom Kammeradvokaten på et hvilket som helst tidspunkt i sagen kan inddrage departementet og SKAT, hvis Kammeradvokaten mener, at det er nødvendigt eller hensigtsmæssigt.[38] I sager om syn og skøn skal Kammeradvokaten inddrage departementet eller SKAT, hvis der er udtrykt ønske om det.[39] Departementet skal i øvrigt f.eks. involveres, hvor der er spørgsmål om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.[40] Vejledningen forholder sig i punkt 5.1 til, hvorledes beslutningsgangen er, når der i retssagen bliver givet en dommertilkendegivelse. Det følger heraf, at Kammeradvokaten, hvis dommeren tilkendegiver, at en dom vil gå Skatteministeriet imod, bør bede retten om en betænkningstid, der svarer til ankefristen. Dette skyldes ifølge vejledningen, at departementet normalt vil tage stilling til, om en dom i sagen skal ankes, samtidig med at departementet behandler Kammeradvokatens indstilling.

4.3. Forvaltningens beslutninger under procesførelsen

Som det følger af de ovenfor citerede uddrag, gælder det for det offentliges retssagsbehandling, at både embedsmænd og eksterne advokater er involveret, og at der i alle retssager vil blive truffet selvstændige processuelle beslutninger af det offentliges embedsmænd. Selvom hovedansvaret for forberedelsen af retssager overlades til eksterne advokater, der normalt også er rettergangsfuldmægtige ved retsmøderne, er det således Skatteministeriets embedsmænd, der formelt træffer beslutning om, at sagen skal anlægges, ligesom det er ministeriets beslutning, om der skal ske anke. En række processuelle beslut-

37. Retssagsvejledningens punkt 3.2.
38. Retssagsvejledningens afsnit 3.3.
39. Retssagsvejledningen, punkt 4.
40. Retssagsvejledningen, punkt 4.

ninger bliver endvidere (stiltiende) truffet på vegne af den offentlige myndighed indenfor procesfuldmagtens rammer. Dette følger modsætningsvis af retssagsvejledningens punkt 3.3, hvori det anføres, at der gælder en pligt for Kammeradvokaten til at orientere departementet og SKAT om *væsentlige* beslutninger, som parterne har truffet. Under retssagen vil Skatteministeriets embedsmænd således skulle tage stilling til helt afgørende spørgsmål for retssagsafviklingen, som f.eks. om staten skal tage bekræftende til genmæle, om en editionsbegæring skal imødekommes, eller om en sag skal ankes. Hertil kommer løbende øvrige spørgsmål relateret til sagsafviklingen som f.eks., om en retssag skal starte i byretten eller foreslås henvist til landsretten, hvorvidt der skal indkaldes vidner, om der skal begæres syn og skøn, og hvordan et syns- og skønstema skal formuleres. Indenfor procesfuldmagtens rammer vil beslutninger af mindre væsentlig betydning og rækkevidde kunne uddelegeres til advokaten. Selvom Kammeradvokaten er det offentliges ansigt overfor borgeren under hele retssagsbehandlingen, træffer embedsmændene således fortsat en række beslutninger i kulissen.

4.4. De enkelte ministeriers samarbejde med Kammeradvokaten

Finansministeriet har som nævnt alene en koordinerende rolle i forhold til Kammeradvokaten. Hvordan samarbejdet mellem Kammeradvokaten og den enkelte myndighed nærmere bestemt foregår, afgøres af den enkelte myndighed.

I en række myndigheder findes der specialistenheder, der varetager de mest krævende juridiske opgaver for myndighedens øvrige kontorer. Enhederne udgør ofte et forbindelsesled mellem ministeriet og Kammeradvokaten. F.eks. foregår korrespondance mellem Kammeradvokaten og Bygningsstyrelsen som hovedregel gennem styrelsens Juraenhed. Styrelsens medarbejdere er således instrueret i at sætte juraenheden 'cc' på al korrespondance. Enheden bistår herved med sagsbehandlingen, ligesom den løbende kan vurdere, om og i hvilket omfang Kammeradvokatens bistand fortsat er påkrævet/rentabel. Endvidere kontrollerer Bygningsstyrelsens Juraenhed, at styrelsen modtager den aftalte ydelse fra Kammeradvokaten, ligesom enheden bistår resten af styrelsen med at fortolke Kammeradvokatens udtalelser.[41] Vejdirektoratet har en tilsvarende ordning, idet Vejdirektoratets Juraenhed overtager alle retssager, hvor direktoratet er eller bliver stævnet, ligesom enheden står for al kontakt til Kammeradvokaten.[42] I Banedanmark står enheden *Kontrahering* for al kontakt til Kammeradvokaten. Samtlige kontorer i Banedanmark

41. Bygningsstyrelsens notat fra oktober 2015 om procedure for BYGST anvendelse af Kammeradvokaten, j.nr. 12/01837, side 2-3.
42. Se Vejdirektoratets generelle retningslinjer for behandlingen af retssager mv.

er orienteret om, at de skal kontakte Kontrahering, hvis Kammeradvokaten ønskes inddraget. Kontrahering overtager herefter sagen og tager stilling til, om de selv skal yde den nævnte rådgivning, eller om Kammeradvokaten skal inddrages.[43] Det følger nu af Kammeradvokataftalens punkt 9.1, at staten kan udpege en eller flere af sine medarbejdere som faste bestillere af opgaver, således at kun disse må foretage bestillinger i advokatkontoret.

Kammeradvokatens klienter har mulighed for løbende at kontakte advokatkontoret med henblik på en kortfattet uformel (telefonisk) sparring, jf. Kammeradvokataftalens punkt 5.2. Efter den tidligere kammeradvokataftale betalte Finansministeriet et mindre beløb til at dække omkostningerne ved denne rådgivningsform, men dette er ikke tilfældet efter den ny kammeradvokataftale. Rådgivningen ydes således vederlagsfrit. Kulturministeriet skrev i en intern vejledning angående uformel konsultation og sparring under den foregående kammeradvokataftale, at denne i udgangspunktet ikke var underkastet det almindelige advokatansvar, idet den alene var til internt brug, ligesom den ikke kunne anvendes udadtil, fx i en argumentation overfor kontraktparter eller lignende.[44] Den nye kammeradvokataftale omtaler ikke spørgsmålet om advokatens mulige ansvar for mundtlige rådgivningsfejl, men det vil typisk være meget vanskeligt at statuere et ansvar i tilfælde, hvor en advokat blot måtte have medvirket i en sparring. På den anden side kan det dog vanskeligt udelukkes, at der vil kunne være situationer, hvor en mundtlig rådgivningsfejl vil kunne indebære ansvar for advokaten. Med muligheden for den uformelle vejledning fremstår kammeradvokaten fortsat som et reelt alternativ til den (i overvejende grad) mundtlige juridiske rådgivning, som Justitsministeriets departement i det daglige giver til de øvrige fagministerier ofte under betydeligt tidspres. Muligheden for uformel sparring med kammeradvokatens medarbejdere giver myndighederne adgang til juridisk rådgivning på højeste niveau lige fra begyndelsen af en eventuel retstvists opståen. Kammeradvokaten har tidligere selv i en vejledning til offentligt ansatte om benyttelse af kammeradvokatordningen fremhævet vigtigheden af, at kontoret involveres hurtigst muligt, når det drejer sig om retssagsførelsen. Angående modtagelsen af stævning anfører Kammeradvokaten blandt andet i vejledningen:

43. Se Banedanmarks Procedure ifm. brug af Kammeradvokaten; Inddragelse af Kontrahering, notat af 18. oktober 2013.
44. Organisering af samarbejdet med Kammeradvokaten, Kulturministeriets Intranet, set 26. oktober 2015.

»Hvis din myndighed ikke har interne instrukser, eller hvis du bare er i tvivl, skal du vide to ting: Vi vil gerne inddrages i retssagen så hurtigt, som det overhovedet er muligt, og vi har ingen formkrav til, hvordan myndigheden inddrager os i retssagen.«[45]

Som systemet er indrettet på nuværende tidspunkt, har det offentlige således ofte ikke meget betænkningstid til rådighed, når det skal overvejes, om det offentlige selv eller kammeradvokaten skal forestå retssagsførelsen.

Sammenfattende synes tendensen fortsat at gå i retning af, at Kammeradvokaten varetager praktisk taget alle statslige myndigheders retssagsbehandling. I hvilket omfang advokatkontoret vil bevare sin position vil i nogen grad bero på, hvor mange interne jurister de enkelte myndigheder vælger at ansætte til varetagelse af retssager. Med den ny kammeradvokataftale har hvert enkelt ministerium således fået flere muligheder for at overveje *insourcing*. Tiden vil vise, om denne mulighed vil føre til en ændring af statens indkøbsstrategi i større omfang end tilfældet er nu. Umiddelbart synes der nok at være nogle penge at spare ved at opgradere den juridiske bemanding i ministerierne og herunder eventuelt ansætte advokater og advokatfuldmægtige i embedsmandsstillinger, f.eks. i de enkelte enheder, der i dag forestår kontakten og kontrollen med kammeradvokaten. På den anden side matcher advokatfirmaet Poul Schmith med sin udprægede specialisering i meget høj grad landets øvrige advokatkontorer, og kontoret har et ganske unikt erfaringsgrundlag for retssagsførelse på vegne af det offentlige. For mange embedsmænds vedkommende vil der formentlig skulle en del til, før man vil føle sig tilstrækkeligt parat til gennemføre en fuld skriftveksling med en modpart, der f.eks. kan være et af de specialiserede københavnske advokatkontorer. En embedsmand, der ikke til daglig fører retssager, vil risikere at skulle procedere myndighedens sag mod en erfaren privatpraktiserende advokat med møderet for Højesteret. Skal en sådan intern repræsentation muliggøres i større omfang, vil det efter alt at dømme kræve, at også centraladministrationen koncentrerer sig om specialiserede juristenheder, hvor offentligt ansatte rettergangsfuldmægtige kan opnå den fornødne rutine og ekspertise i retssagsførelse.

45. Er du blevet stævnet? Klientvejledning offentliggjort på Advokatfirmaets Poul Schmiths hjemmeside i 2009, set 5. maj 2012.

DEL IV

International ret

Mindretal og EU

– forhåbninger, muligheder og udfordringer

Af Ulrike Barten

1. Introduktion

EU har over en lang årrække forsøgt at etablere sig som beskytter af menneskerettighederne og senest også af mindretallene i EU. Da det Europæiske Fælleskab blev til den Europæiske Union, blev der indskrevet fælles værdier i EU-traktaten. Disse værdier blev senest i Lissabontraktaten udvidet til eksplicit at omfatte respekt for de rettigheder for personer, der tilhører mindretal, jf. TEU art. 2.

EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder (CGR) indeholder et diskriminationsforbud på baggrund af medlemskab i et mindretal, jf. CGR art. 21. Med Lissabontraktaten er charteret blevet bindende og skaber dermed en juridisk forpligtelse for EU's medlemsstater og EU's institutioner.

Lissabontraktaten introducerede borgerinitiativer, som ikke er et mindretalsinstrument, men som allerede er blevet forsøgt brugt af mindretal.

Ser man på, om ændringer i Lissabontraktaten har haft positive konsekvenser for mindretallene, må svaret være nej. Dette svar begrundes kort i afsnit 2, hvor de tre løfter, EU udstedte med Lissabontraktaten, undersøges nærmere.[1]

Formålet med dette bidrag er dog at gå et skridt videre. Måske er der ikke kommet de resultater, som nogle forventede. Det kan skyldes mange ting som f.eks. for høje forventninger, juridiske begrænsninger i EU-traktaterne eller politiske grunde. Det er disse grunde, der her betragtes og diskuteres. Nogle gange spiller de sammen andre gange mod hinanden.

EU er et indviklet og tungt system, og mindretallene i EU er på ingen måde rustet til at indtage en større rolle over for EU, end de hidtil har gjort. Samtidig er EU-systemet ikke særlig åbent over for mindretal. Formålet er at rede trådene ud og vurdere, hvad der kan forventes af EU i forhold til mindretalsbeskyttelse i fremtiden. Som led i diskussionen bliver de andre min-

1. Se også Barten, Ulrike, Minority Rights in the European Union after Lisbon, 33 (2015) Nordic Journal of Human Rights, 74-94.

dretalsaktører i Europa, navnlig Europarådet og OSCE, inddraget, da konklusionen i høj grad er afhængig af, om der bliver tilbudt bedre beskyttelse andetsteds i Europa.

2. Tre løfter

Overordnet har EU skabt et indtryk af at ville varetage mindretalsmedlemmers rettigheder. Det skal nu kort begrundes, hvorfor det ikke ser ud til, at EU vil indfri disse løfter.

2.1. TEU artikel 2

Artikel 2 beskriver EU's grundlæggende værdier, som er fælles for medlemsstaterne, og den omfatter nu respekten for mindretalsmedlemmers rettigheder. Det er vigtigt for mindretallene, at de ikke kun bliver subsumeret under menneskerettighederne, men at det anerkendes, at der er specielle rettigheder forbundet med at være medlem af et mindretal, og at disse rettigheder skal respekteres.

Art. 2 er vigtig, fordi den omtaler de værdier, EU er bygget på, og som er fælles for medlemsstaterne. Respekt for mindretalsrettigheder er altså en underliggende værdi, som burde guide EU's og medlemsstaternes handlinger.

Udover denne symbolske værdi har art. 2 dog ingen praktisk betydning. Art. 2 er ingen hjemmel for specifik lovgivning som fastlagt i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. Art. 2 er ikke undergivet EU-Domstolen. Skal en stat påtales for brud af art. 2, sker det med henvisning til TEU art. 7, hvor det er fastlagt, at det er det Europæiske Råd, der efter involvering af både Parlamentet og Kommissionen kan afgøre, om der er en reel fare for, at værdierne i art. 2 bliver brudt eller allerede er blevet brudt. Mindretallene i Europa har ringe chancer for at sætte en sådan proces i gang.

2.2. Charterets bindende virkning

Siden EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder blev »højtideligt proklameret« i Nice i 2001, har EU-Domstolen brugt det til at skubbe til institutionerne og indføre respekt for menneskerettighederne i selve EU-organisationen. Det har dog ikke været muligt direkte at klage på baggrund af CGR. Det ændrede sig med Lissabontraktaten, hvor den efter TEU art. 6 fik *samme juridiske værdi* som traktaterne. Den primære adressat er EU-institutionerne. Staterne er dog underlagt Charteret, når de gennemfører EU-retten, jf. CGR art. 51.

Mindretallene har kunnet se frem til den bindende virkning, da den gjorde en ende på dobbeltstandarden angående mindretalsbeskyttelse. Kandidatlandene, altså de lande der ansøger om EU-medlemskab, har siden 1993 skullet opfylde et kriterium, der hedder »respekt for og beskyttelse af mindretal.«[2] Kriteriet er et blandt de politiske kriterier, der blev vedtaget på EU-topmødet i København i 1993, og som kandidatlandene skal opfylde, inden de kan blive medlem af EU.

Mindretallene var altså beskyttet i *kandidat*landene. *Medlems*landende var på ingen måde forpligtet til det samme. Da Charteret blev juridisk bindende, opnåede mindretallene juridisk beskyttelse via diskriminationsforbuddet på grund af medlemskab i et nationalt mindretal, jf. CGR artikel 21.

Som forklaringerne til Charteret tydeliggør, så er Charterets bindende virkning særdeles vigtig for mindretallene. Forklaringerne til art. 51 udpensler, at med *staten* menes ikke kun de centrale myndigheder men også regionale og lokale myndigheder og offentlige organisationer.[3] Da medlemmerne af mindretallene i deres dagligdag oftest har at gøre med lokale og regionale myndigheder, har denne forklaring en stor praktisk betydning.

Allerede inden Charteret blev bindende, var der en vis forventning om dets overholdelse. Mellem 2000 og 2009 henviste EU-domstolen gentagne gange til Charteret.[4] Ikke overraskende er antallet af sager med reference til Charteret steget drastisk, efter at Charteret har opnået juridisk bindende virkning.[5] Der er dog intet, der tyder på, at mindretalsmedlemmer i stor stil har gjort brug af klagemuligheden for at fremme deres rettigheder.

2.3. Borgerinitiativer

Lissabontraktaten introducerede et element af direkte demokrati på EU plan: borgerinitiativer. Borgerinitiativer er ikke målrettet mindretal, men er ikke desto mindre blevet brugt af mindretal. En million EU-borgere kan invitere kommissionen til at fremlægge et lovsforslag angående initiativets indhold,

2. http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en.htm (09.11.2015).
3. Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, OJ 14/12/2007, explanation on art. 51, para. 2.
4. EU's Agentur for Grundlæggende Rettigheder vedligeholder en database om EU's domspraksis, som referer direkte til Charteret for Grundlæggende Rettigheder. Det kan findes på http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawFrontEndAccess.do?homePage=yes (09.11.2015).
5. Joint Communication from Presidents Costa and Skouris, findes her: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf (09.11.2015), nr. 1.

jf. TEU art. 11, stk. 4. Kommissionen er ikke forpligtet til at tage initiativets forslag op. Samtidig skal den dog begrunde sin beslutning, hvis den vælger ikke at foretage sig noget, jf. Regulering 211/2011, art. 10, stk. 1 (c).[6]

Af de omkring halvtreds foreslåede initiativer er der ét, som udelukkende omhandler mindretalsspørgsmål; det hedder Minority Safepack – One Million Signatures for Diversity in Europe.[7] Det blev afvist ved registrering. Kommissionens afgørelse er blevet anket ved EU-domstolen, men sagen er ikke afgjort endnu.[8]

Om borgerinitiativer – i hvert fald i mindretalssammenhæng – er et tomt løfte, må afgørelserne fra EU-domstolen vise. Det er dog påfaldende, at næsten halvdelen af initiativerne et blevet afvist ved registrering.[9] Kun tre initiativer er blevet besvaret fra Kommissionens side. Svarene kan betegnes som meget tilbageholdende positive.[10] Kommissionen er positivt indstillet overfor en del af forslagene og har konkrete handlingsplaner om konkrete punkter. Samtidig forudser Kommissionen ikke ny lovgivning på de specifikke områder; hvilket er selve formålet med borgerinitiativerne.

Bortset fra om mindretalsinitiativet får medhold eller ej ved EU-domstolen, så er kendsgerningen, at borgerinitiativer er store, komplicerede og bureaukratiske projekter, som er svære at håndtere for borgerne.[11] De er også ligeud blevet kaldt for »useless, because the Commission will simply not accept any initiatives.«[12]

6. For en indgående forklaring af Regulering 211/2011 se Daniel, Bugge Thorbjørn, »Unionsborgernes lovgivningsinitiativ«, Juridiske Emner 2013, 29-44.
7. Initiativet kan findes på www.fuen.org (10.11.2015).
8. Case T-646/13 Citizens' Committee for the Citizens' Initiative Minority Safe Pack – One Million Signatures for Diversity in Europe & Others v Commission OJ C 112. Også i sagen Case T-529/13 Izsak & Dabis v European Commission er der ikke faldet en dom endnu. Den omhandler ikke udelukkende mindretalsspørgsmål, men de er en del af initiativet.
9. http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome (10.11.2015).
10. Svarene findes her under overskrifterne »communication«: http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/finalised/answered (10.11.2015).
11. For en mere indgående analyse af Kommissionens behandling og afslag af Minority Safepack se Barten, Ulrike, Minority Rights in the European Union after Lisbon, 33 (2015) Nordic Journal of Human Rights, 74-94.
12. Interview med György Schöpflin, Citizens' initiative: »Every time they reject an initiative, it creates a million eurosceptics«, 3.11.2015, findes her: http://www.europarl.europa.eu/news/en/newsroom/content/20151030STO00736/html/Citizens%E2%80%99-initiative-%E2%80%9CEvery-rejected-initiative-creates-a-million-eurosceptics%E2%80%9D (13.11.2015).

2.4. Tomme løfter

Lissabontraktaten har medført ændringer for mindretallene. Den nye art. 2 eller CGR's bindende status har ikke medført en større opmærksomhed på eller villighed til at beskæftige sig med mindretal på europæisk plan. Tværtimod er den meget korte og ikke velbegrundede afvisning af Minority Safepack, det faktum, at det nyvalgte EU-Parlament i 2014 kun efter stort pres oprettede Intergruppen for mindretal, og at ingen kommissær har fået mindretal som decideret del af sin opgaveportefølje, tegn på, at den Europæiske Union i bund og grund ikke har flyttet sig meget i praksis.

3. Forventninger, muligheder og restriktioner

Folkeretten siger klart, at man skal leve op til de løfter, man giver, og de forventninger man vækker hos andre.[13] At respekt for mindretal nu ligefrem er deklareret som en grundlæggende værdi i TEU art. 2 peger på, at EU har en vis interesse i mindretalsanliggender. Dog åbenbart kun på papiret.

Grunde til, at EU også i praksis skal tage mindretalsspørgsmål alvorligt, bliver beskrevet i artiklen. Der ses på konkrete forslag til, hvordan EU kunne blive til den aktør, som den udgiver sig for på papiret. Derefter ses der dog også på udfordringer og restriktioner mod at lade EU spille en større rolle på mindretalsområdet.

3.1. Forventninger

Grundene til, at EU skal lægge handling bag sine ord, er klare. Bortset fra juridiske og etiske overvejelser om at man ikke skal love noget, man ikke har tænkt sig at holde, er der tre praktiske og policy-orienterede grunde.

For det første spiller EU-retten en stor rolle i alle EU-borgernes hverdag. Det lægger borgerne ikke altid mærke til, men EU-retten gennemsyrer alle aspekter af dagligdagen. EU-retten er relevant, og når mindretalsbeskyttelse er en fælles værdi for den Europæiske Union, forekommer det kun konsekvent, at EU også i dagligdagen beskytter mindretallene.

For det andet tilhører mellem 10 og 15 procent af EU-befolkningen nationale mindretal. Dvs. at mellem 50 og 75 millioner mennesker i EU tilhører nationale mindretal. Folkeretten og det internationale samfund generelt, men i høj grad også EU medlemsstaterne selv har i den europæiske kontekst (se

13. Se f.eks. artiklerne 26 og 31 i Wiener Traktatretskonventionen fra 1969 angående traktatsretlige forpligtelser.

mere i afsnit 4) anerkendt, at mindretal er beskyttelsesværdige og mangler en særskilt beskyttelse udover de generelle menneskerettigheder.

EU kan selvfølgelig ikke tage sig af alle mindre grupper inden for EU, men igen må argumentet være, at mindretalsbeskyttelse er en fælles grundlæggende værdi i den Europæiske Union. Der ville ikke være sammenhæng mellem værdierne og praksis, hvis EU, som har stor indflydelse på borgernes hverdag, ikke vil give den særskilte beskyttelse til så stor en befolkningsgruppe, og som staterne ellers har anerkendt i andre sammenhænge.

For det tredje eksisterer der et tæt samarbejde på menneskerettighedsområdet mellem EU, OSCE og Europarådet. Organisationerne har forskellige tilgange til problemstillingerne og undgår derved dobbelt arbejde.

EU er den sidste brik i det europæiske system. EU arbejder på mange områder supranationalt og har derfor andre muligheder end både Europarådet og OSCE. I og med at Charteret nu er underlagt EU-Domstolen, har EU taget et stort skridt til at blive en aktør på menneskerettighedsområdet, som skal tages alvorligt. På mindretalsområdet er det dog knap så klart, at EU har tænkt sig at komplementere de andre to organisationers arbejde.

3.2. Muligheder

Hvis EU også i praksis ønsker at blive taget alvorligt på mindretalsområdet, er der flere konkrete muligheder. Forslagene er ikke udtømmende.

En oplagt mulighed er en kommissær for menneskerettigheder, som eksplicit inkluderer mindretalsrettigheder. På nuværende tidspunkt er der forskellige kommissærer, som er relevante for mindretal.[14] Mindretal dukker dog ikke op som decideret arbejdsområde eller fokusgruppe. En kommissær for menneskerettigheder og mindretalsanliggender ville kunne samle alle aktiviteter indenfor området. Lighed mellem mænd og kvinder, Charteret og EU's tiltrædelse til EMRK kunne passe ind her. Samarbejde på menneskerettighedsområdet med Europarådet og OSCE ville være et af de eksterne aspekter i opgaveporteføljen. Arbejdet med kandidatlandene og opfyldelsen af de menneskeretlige Københavnerkriterier kunne også ligge her. En menneskerettighedskommissær kunne mainstreame menneskerettighederne og sætte passende fokus på mindretalsspørgsmål.

14. Blandt disse er Kommissæren ansvarlig for Bedre Regulering, Interinstitutionelle Forbindelser, Retsstatsprincippet og Charteret om Grundlæggende Rettigheder; Kommissæren for Retlige Anliggender, Forbrugere og Ligestilling mellem Mænd og Kvinder; Kommissæren for Uddannelse, Kultur, Unge og Sport og Kommissæren for Migration, Indre Anliggender og Medborgerskab. Deres opgaver findes i deres Mission letters, som kan findes på kommissærens hjemmeside. Se http://ec.europa.eu/commission/2014-2019_da (15.11.2015).

En anden mulighed kunne være etablering af et Mindretalsudvalg på lige fod med Regionsudvalget[15]. Der ville ikke ligge nogen lovgivningskompetence, men ikke desto mindre ville menneskerettighederne og mindretalsanliggender være på den europæiske dagsorden.

De Forenede Nationer kunne også tjene som forbillede. På menneskerettighedsområdet er der en række såkaldte *Special Rapporteurs*, som enten har et tematisk mandat – for eksempel mindretalsspørgsmål – eller et geografisk mandat. En EU Special Rapporteur for mindretalsspørgsmål ville igen ikke have nogen lovgivningskompetence. Det ville dog skabe en platform for de 50-75 millioner borgere i EU, som tilhører mindretal. En Special Rapporteur kan skabe opmærksomhed.

FRA, EU Agenturet for Grundlæggende Rettigheder, kunne oplagt spille en større eller en anden rolle. Selvom navnet minder om Charteret, så er agenturets arbejde ikke baseret på Charteret. Der er selvfølgelig forbindelser, men FRA monitorerer ikke, om staterne eller EU institutionerne overholder Charteret. Det er ellers en mekanisme, som er kendt fra FN's menneskerettighedstraktater og mindretalstraktater hos Europarådet. FRA er pt. ikke rustet til en sådan monitoreringsopgave. Det er dog en politisk beslutning, om man vil give FRA kompetencerne og ruste agenturet til opgaven.

FRA kunne også med sin nuværende arbejdsform spille en større rolle. Udfordringen ville være at dreje fokus bort fra medlemsstaterne og imod EU. Indtil videre har FRA i forhold til mindretal fokuseret på situationen på nationalt plan, oftest med et komparativt perspektiv. Dette er en forudsætning for at arbejde i og rådgive EU-institutionerne. I sin strategiske plan for årene 2013-2017 har FRA selv fastlagt et mål om at øge sit bidrag til processer på EU plan.[16]

En helt anden mulighed er en decideret udvidelse af kompetencer for EU, så de omfatter mindretalsspørgsmål. Det ville skulle ske igennem traktatændringer.

Der er forskellige muligheder for EU, hvis den vil leve op til de fine ord i TEU art. 2 og Charteret. Bortset fra det sidste forslag, så har alle forslag det til fælles, at de ikke ender i bindende lovgivning. Hvilke konkrete kompetencer en kommissær eller komiteen måtte få er op til forhandling. Der er en del udfordringer og forhindringer, der skal overkommes, hvis EU vil blive mere aktiv på mindretalsområdet.

15. Se mere om Regionsudvalget her: http://cor.europa.eu/da/Pages/home.aspx (13.11.2015).
16. FRA Strategic Plan 2013-2017, s. 8. Den findes her: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_strategic_plan_en.pdf, (11.11.2015).

3.3. Udfordringer

At man tager sig specielt af 50-75 millioner mennesker lyder umiddelbart indlysende. Det er mange mennesker. Samtidig betyder en sådan tilgang dog, at en del andre grupper vil kunne kræve særbehandling eller i hvert fald særlig opmærksomhed. Dette gælder uanset, om der tales om en kommissær for menneskerettigheder, en Special Rapporteur, eller en øget opmærksomhed fra Agenturet på mindretalsanliggender.

Ydermere kan der argumenteres for, at mindretal er velbeskyttede igennem Europarådet og OSCE. Der er simpelthen ikke brug for en tredje spiller på området. Dette argument strider dog imod EU's hidtidige forsøg på at etablere sig som spiller inden for menneskerettigheder og etablere et samarbejde netop med Europarådet og OSCE. EU har med sin supranationale tilgang noget andet at byde på end både Europarådet og OSCE, og overlap mellem organisationernes arbejde kan minimeres. Det argument gælder primært, når der virkelig er tale om supranational lovgivning. At skabe opmærksomhed og udstede anbefalinger er ikke en unik EU-kompetence.

Den største udfordring ligger nok i nogle staters og EU-institutionernes modvilje og skepsis overfor mindretal. Staterne har meget forskellige tilgange til deres mindretal. Frankrig nægter, at der findes mindretal i landet, hvorimod Sverige i andre sammenhænge har anderkendt fem nationale mindretal, bl.a. jøderne i Sverige.[17] Specielt i forhold til anerkendelse af Romaerne og jøderne som nationale mindretal er der store forskelle.

Der findes hverken på europæisk eller globalt plan en bindende definition af begrebet *mindretal*. Det ville hjælpe langt hen ad vejen, hvis man objektivt kunne fastlægge, hvor der er mindretal. Det er dog ikke noget staterne er interesserede i; specielt ikke, når de gennem supranational EU-lovgivning kan tvinges til at behandle mindretallene på en anden måde, end de ellers ville gøre. Derfor er det heller ikke overraskende, at EU's institutioner er tilbageholdende på mindretalsområdet.

Så længe man holder mindretalsanliggender uden for lovgivningen, altså uden for EU's bindende virkning, er der måske bedre muligheder. En Special Rapporteur ville være uafhængig og kan typisk ikke forpligte stater til noget. Også her er det dog tvivlsomt, om alle staterne vil være med til at etablere en post, som en række lande overvejende kan forvente kritik af.

Agenturet for Grundlæggende Rettigheder har lidt mere spillerum. Det bestemmer selv over sine tematiske fokusområder. Hvis dets kompetencer

17. Sveriges deklaration ved tiltrædelse til Rammekonvention for Beskyttelse af Nationale Mindretal findes her: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/treaty/157/-declarations?p_auth=8fNfWIHX (11.11.2015).

dog skulle forandres, er det i sidste ende igen op til staterne at træffe denne beslutning.

Subsidiaritetsprincippet overlader deciderede mindretalsanliggender til medlemsstaterne. Selvfølgelig er der altid mulighed for at udvide EU's kompetencer ved traktatændringer, men for det første er der på nuværende tidspunkt intet, der tyder på en snarlig genforhandling af selve EU-traktaterne. For det andet ville mindretallene stadig skulle overbevise deres regeringer om, at der skal afgives kompetencer til EU på et område, som staterne indtil videre har holdt fast i.

At medlemsstaterne altid har det sidste ord i forhold til kompetencefordeling er nok den største udfordring, mindretallene står overfor, hvis og når de søger om større opmærksomhed på EU-plan. Det store spørgsmål i den forbindelse er, om Kommissionen har misbrugt principperne om kompetencefordeling og subsidiaritet i relation til borgerinitiativer. Muligvis har Kommissionen større kompetencer, end de giver udtryk for i Minority Safepacks afslag. Muligvis har EU kompetencer på mindretalsområdet, som Kommissionen ikke vil varetage.

I den forbindelse kan selve EU's struktur nævnes som udfordring. EU er ikke gearet til at inddrage civilsamfundet specielt små grupper i civilsamfundet. Selvfølgelig har civilsamfundet adgang, men især i lovgivningsprocessen er det svært at finde gehør. Borgerinitiativerne er et middel for et aktivt civilsamfund på europæisk plan, men indtil videre har de altså ikke haft en lovgivningsmæssig effekt.

EU systemet er stort, tungt og bureaukratisk. Det er ikke nemt for grupper som mindretal at skabe sig en platform. Det gælder især, når medlemsstaterne står skeptisk over for sådan en platform, og EU-institutionerne enten af egen modvilje eller andre grunde ikke er villige til at fremme mindretalsanliggender.

4. Den europæiske kontekst

De nationale mindretal i Europa er beskyttet via mekanismer, som ligger uden for EU's kompetencer. De to organisationer er allerede blevet nævnt, men deres arbejde på mindretalsområdet beskrives kort nedenfor.

4.1. Europarådet

Europarådets arbejde er kendetegnet ved en juridisk tilgang, idet der forhandles og senere administreres internationale traktater, som er bindende for de tiltrådte lande. På mindretalsområdet er især to traktater relevante. Den ene

er Rammekonventionen for Beskyttelse af Nationale Mindretal, som trådte i kraft i 1998. Danmark er medlem af konventionen. Den anden traktat er Sprogpagten,[18] som også trådte i kraft i 1998. Danmark har været medlem af traktaten siden 2001.

Begge traktater er underlagt såkaldt monitorering fra en uafhængig ekspertkomite. I forhold til Rammekonventionen betyder det, at Danmark hvert femte år aflever en rapport til komiteen, der redegør for, hvordan Rammekonventionen bliver implementeret i Danmark, jf. artikel 25 i Rammekonventionen. Efter inddragelse af regeringen og civilsamfundet og herunder specielt mindretallene i landet ender monitoreringen med en række anbefalinger fra komiteens side.[19] De er ikke bindende, men der er en forventning om, at staten tager anbefalingerne alvorligt.

Der er ingen domstol eller anden klageadgang for individer eller mindretal som helhed. Monitoreringen af Sprogpagten sker efter samme mønster. Dog monitoreres hvert tredje år, jf. Sprogpagtens artikel 15.[20]

Rammekonventionen giver mindretalsmedlemmer en række grundlæggende rettigheder, bl.a. identitet (f.eks. art. 5 og 8), brug af sprog (art. 9 og 10) og uddannelse (art. 12). Derudover er effektiv deltagelse i kulturelle, økonomiske, sociale og politiske anliggender en vigtig ret, som er nedfældet i art. 15.

Landene har typisk i sammenhæng med ratifikationen udstedt en deklaration, hvori det bliver fastlagt, hvilke mindretal Rammekonventionen skal gælde for.[21] I Danmark gælder Rammekonvention kun for det tyske mindretal i Sønderjylland.

Sprogpagten er langt mere detaljeret end Rammekonventionen. Til gengæld har staterne i meget høj grad frihed til at vælge, hvilke bestemmelser der skal gælde, jf. art. 2 stk. 1 i Sprogpagten. Sprogpagten omhandler udelukkende lingvistiske rettigheder. Den dækker dog områder så forskellige som uddannelse på alle niveauer (art. 8), sprog i forhold til retsinstanser (art. 9), forvaltningsmyndigheder (art. 10), medier (art. 11), kulturaktiviteter og -faciliteter (art. 12) og det økonomiske og sociale område (art. 13).

18. Den Europæiske Pagt om Regionale Sprog eller Mindretalssprog.
19. Dokumenterne fra Danmarks fire monitoreringsrunder kan findes her: http://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring#Denmark (12.11.2015).
20. Dokumenterne fra Danmarks fire monitoreringsrunder kan findes her: http://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Report/default_en.asp#Denmark (12.11.2015).
21. Se alle landenes deklarationer her: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/157/declarations?p_auth=mOVOSOK5 (12.11.2015).

I og med at staterne har stor valgfrihed i forhold til, hvilke bestemmelser der skal finde anvendelse i landet, ser implementeringen meget forskelligt ud.[22]

4.2. OSCE – Organisation for Sikkerhed og Samarbejde i Europa

OSCE tager en helt anden tilgang. Den er nemlig baseret på politik og diplomati. På mindretalsområdet er den mest fremtrædende og samtidig sjældent bemærkede post Højkommissæren for Nationale Mindretal.

Det er vigtigt at erkende, at højkommissæren ikke er en slags ombudsmand *for* mindretallene. Højkommissæren arbejder inden for konfliktprævention. Den primære opgave er *early warning* og *early action*.[23] Arbejdet med mindretal er begrundet i, at undertrykkelse af mindretal kan destabilisere et land.

Baseret på sit arbejde og sine erfaringer har Højkommissæren udgivet i alt syv tematiske såkaldte guidelines og recommendations.[24] De har alle sammen til fælles, at de peger på, at mindretal har specielle behov, og at disse skal tages alvorligt. De har dog ligesom alt arbejde fra højkommissæren også det til fælles, at der ikke er tale om juridisk bindende forskrifter.

5. EU som tredje spiller?

Mindretallene i Europa er beskyttet. Mangler der en tredje spiller på banen? Argumentet om den sidste manglende brik giver god mening. EU ville kunne bidrage med sin helt unikke tilgang: juridisk bindende lovgivning på baggrund af flertalsbeslutninger, altså ikke udelukkende baseret på staterne eksplicitte samtykke til traktater. EU når langt dybere i hverdagen end både Europarådet og OSCE. EU's værktøjskasse er langt større.

Om EU's lovgivningskompetencer allerede strækker sig over mindretalsanliggender, må EU's håndtering af Minority Safepack vise. Minority Safepack foreslår bl.a. oprettelsen af såkaldte Language Diversity Centres.[25] Formålet er at skabe opmærksomhed. Der er ikke tale om bindende lovgivning fra disse centre. De skal dog oprettes ved EU-lovgivning.

22. Danmarks og de andre staters oversigter over gældende bestemmelser findes her: http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/148/declarations (12.11.2015).
23. CSCE Helsinki Document »The Challenges of Peace«, nr. II (2)-(3). Dokumentet findes her: http://www.osce.org/mc/39530?download=true (12.11.2015).
24. En oversigt kan findes her: http://www.osce.org/hcnm/66209 (12.11.2015).
25. Forslag 2.3 i initiativet. Initiativet findes her: www.fuen.org (13.11.2015).

De andre foreslåede muligheder er mere tilbageholdende og forekommer dermed ikke helt så udfordrende som en udvidelse af kompetencerne til decideret at omfatte mindretalsbeskyttelse.

Selvom mindretallene måtte ønske en større rolle for EU i forhold til mindretalsanliggender, er det ikke så ligetil med EU. EU's store værkstøjskasse er begrænset af få men afgørende restriktioner. Kompetencedelingen mellem EU og medlemsstaterne og det dertil hørende subsidiaritetsprincip er en grundlæggende udfordring for mindretallene.

EU er et stort system, der udover regionerne og borgerinitiativerne ikke er gearet til mindre grupper. Lobbyister findes der mange af, men mindretalslobbyister er meget sjældne. Mindretallene har ikke ressourcer til at sikre sig en vedvarende indflydelse. Den Føderale Union for Europæiske Nationaliteter (FUEN), som er en paraplyorganisation for over halvfems mindretalsorganisationer i treogtredive lande, er en af de meget få mindretalsaktører, der har adgang til EU – hovedsagelig igennem intergruppen i parlamentet, hvis indflydelse på EU-lovgivningen er begrænset.

En grundlæggende og afgørende udfordring ved at give EU en større rolle på mindretalsområdet er af praktisk karakter. Hvis mindretallene vil gøre brug af en eller flere af mulighederne, der blev præsenteret i afsnit 3.2, skal de op imod en skepsis i medlemsstaterne og i EU institutionerne. Medlemsstaterne har ikke givet EU en eksplicit lovgivningskompetence på mindretalsområdet. Inden for de eksisterende rammer kan lovgivning tilgodese mindretal. Det er i hvert fald det, som borgerinitiativet bag Minority Safepack påstår, og som fremstår indlysende i initiativet, men jo er blevet afvist af Kommissionen.

Det afgørende argument for at give EU en større rolle på mindretalsområdet er nok EU's egne udmeldinger. Lissabontraktaten har skabt forhåbninger og forventninger på mindretalssiden. Disse kan have været urealistiske. Det kan dog også være, at selv hvis EU var indstillet på at agere på mindretalsområdet, så ville mindretallene selv ikke magte opgaven. Mindretallene skal ruste sig bedre til et seriøst møde med EU. EU er dog ikke mindretallenes eneste udfordring. Moderstaten er for mange mindretal stadig den største udfordring.

Vestnordisk frihandel

– juridiske rammer for en eventuel frihandelsaftale mellem Færøerne, Grønland og Island

Af Bugge Thorbjørn Daniel

1. Indledning – en vestnordisk frihandelsaftale?

Skal Grønland indgå en frihandelsaftale med Færøerne og Island? Dette er det politiske spørgsmål, der ligger bag beslutningsforslaget fremlagt af Lars Emil Johansen den 19. august 2015 i Landstinget, Inatsisartut.[1] Forslaget, der blev fremsat af Lars Emil Johansen i egenskab af formand for den Grønlandske delegation til Vestnordisk Råd, har karakter af et beslutningsforslag om at tilslutte sig en anbefaling fra dette råd.[2] Anbefalingen er rettet til de respektive grønlandske, færøske og islandske regeringer og landsstyrer.

Vestnordisk Råd – en samarbejdsorganisation mellem parlamenterne i de tre lande – har som målsætning bredt at samarbejde om vestnordiske interesser i forhold til ressourcer, kultur, handel og trafik ikke mindst ved at holde øje med og følge op på regeringernes og landsstyrernes samarbejde.[3] Ved det årlige møde i august 2015 vedtog rådet at anbefale de tre regeringer at nedsætte en arbejdsgruppe med opgaven at »kortlægge de fælles gevinster der kunne være ved, at de tre lande indgår en frihandelsaftale og ved etablering

1. Forslag til Inatsisartutbeslutning om, at Inatsisartut tilslutter sig Vestnordisk Råds rekommandation 1/2015, EM 2015/154.
2. I den grønlandske regering – Naalaakersuisut – er forslaget blevet positivt, om end delvist forbeholdent modtaget.
3. Se Charter for Vestnordisk Råd, præambel og artikel 1 og 2. Charteret er tilgængeligt på http://www.vestnordisk.is/vestnordiskrad/charter-og-rekommandationer/ senest tilgået 4. november 2015. Rådet har 18 medlemmer, der er fordelt på 6 fra hvert af de nationale parlamenter, og sekretariat i Reykjavik, Island. En kort analyse af vestnordisk samarbejde kan findes i Alyson J.K. Bailes (2014), Nordic and Arctic Affairs: Why is 'West Nordic' Cooperation in fashion?, University of Iceland, Institute for International Affairs, Centre for Small State Studies. En dybere analyse af samarbejdet gennem de seneste 30 år kan findes i Egill Thor Nielsson (2013), Working paper on The West Nordic Council in the Global Arctic i University of Iceland, Institute for International Affairs, Centre for Arctic Policy Studies.

af et vestnordisk handelsråd«.[4] Anbefalingen er en foreløbig kulmination på flere års drøftelser i rådet og er baseret på en rapport, der foreslår etablering af en frihandelszone, nedsættelse af et handelsråd eventuelt efterfulgt af en investeringsaftale.[5]

Den foreslåede arbejdsgruppes mandat skal bestå i at sammenholde fordele og ulemper ved etablering af en frihandelsaftale mellem de tre lande overfor fordele og ulemper ved indgåelse af bilaterale aftaler mellem Grønland og de to øvrige lande, der allerede har en bilateral frihandelsaftale – den såkaldte Hoyvik-aftale.[6] Arbejdsgruppen skal endvidere kortlægge, på hvilke områder det henholdsvis er og ikke er en fordel for landene at åbne for frihandel, samt kortlægge fordele og ulemper ved det betydeligt mere ambitiøse projekt at oprette en fælles økonomisk zone med fri bevægelighed af varer, tjenester, kapital og arbejdskraft. Endelig skal arbejdsgruppen vurdere fordele og ulemper ved etablering af et vestnordisk handelsråd.[7]

2. Præsentation af de juridiske rammer

Spørgsmålet, om en aftale *skal* indgås, er som nævnt politisk. Det parallelle spørgsmål, hvorvidt en sådan aftale *kan* indgås og i givet fald *under hvilke betingelser*, er juridisk – om end svarene på disse juridiske spørgsmål kan være særdeles relevante for den politiske beslutning.

Indgåelse af en frihandelsaftale mellem Grønland, Færøerne og Island vil ikke ske i et juridisk vakuum. Tværtimod er en sådan frihandelsaftale rammesat juridisk i flere fora, såvel folkeretligt som forfatningsretligt og kan derfor betragtes fra forskellige perspektiver. Disse skitseres nedenfor og på den baggrund præsenteres strukturen for det følgende.

4. Vestnordisk Råds rekommandation nr. 1/2015, der blev enstemmigt vedtaget i rådet den 12. august 2015 på årsmødet afholdt i Runavík på Færøerne.
5. Bilag til EM 2015/154, http://www.inatsisartut.gl/samlingerhome/oversigt-oversamlinger/samling/punktliste.aspx, senest tilgået 4. november 2015: »Rapport om Vestnordens arktiske samarbejde mellem Færøerne, Grønland og Island«, udarbejdet af Egill Thor Nielsson, til Vestnordisk Råds temakonference 2014 på Sandø, Færøerne samt den efterfølgende og lidt mere afdæmpede vurdering fra 20. august 2015 i Vestnordisk Råd: Strategisk vurdering af det regionale samarbejde i Arktis, der er vedlagt beslutningsforslaget som bilag.
6. Bekendtgørelse nr. 61 af 1. maj 1997, ændret af Bekendtgørelse nr. 13 af 29. august 2013.
7. Der lægges ikke udtrykkeligt op til, at arbejdsgruppen skal overveje spørgsmålet om en investeringsaftale, men det er på den anden side heller ikke udelukket, da det skitserede kommissorium ifølge ordlyden udgør et minimum.

Tages først det globale perspektiv – i dets egen terminologi er det måske mere præcist at bruge betegnelsen det multilaterale perspektiv – er alle tre lande omfattet af reglerne i Verdenshandelsorganisationen (WTO). For Islands vedkommende i egenskab af selvstændig stat, for Grønland og Færøernes vedkommende i egenskab af medlemmer af Rigsfællesskabet med WTO medlemmet Danmark. På trods af, at udgangspunktet for samarbejdet i WTO er ikke-diskrimination, tillader WTO's regler alligevel – under opfyldelse af visse betingelser – at medlemsstaterne indgår bilaterale aftaler.

I et regionalt perspektiv er det særligt forholdet til Den Europæiske Union, der påkalder sig opmærksomhed, uanset at ingen af de tre lande er medlemmer af EU. Færøerne, der udtrykkeligt blev undtaget fra den territorielle udstrækning af det danske medlemsskab af EF i 1973, har pt. parallelt en frihandelsaftale samt en fiskeriaftale med EU; fiskeriaftalen har – i parentes bemærket – været kilde til en tvist i WTO-regi.[8] Grønland meldte sig ud af EF i 1985 og erstattede medlemsskabet med en associeringsaftale på baggrund af Grønlands nye status som oversøisk land eller territorium (OLT) samt en fiskeripartnerskabsaftale.[9] Island har aldrig været medlem af hverken EF eller EU, men var fra 1970 medlem af European Free Trade Agreement (EFTA), indgik en frihandelsaftale med EF med ikrafttræden i 1973, blev medlem af Det Europæiske Økonomiske samarbejde (EØS) i 2004 og har endvidere en fiskeriaftale med EU.[10] Frihandelsaftalerne Færøerne/EU og Island/EU, EFTA-Aftalen og EØS-Aftalen er fra WTO's perspektiv at regne som bilaterale frihandelsaftaler og er derfor underlagt de regler, der fremgår af WTO-reglerne.[11] I lyset af såvel EU's økonomiske og historiske betydning som de juridiske konstruktioner i aftalerne, analyseres forholdet til EU særskilt her.

Et tredje perspektiv, der for fuldstændighedens skyld må nævnes her, er forholdet mellem andre eksisterende bilaterale aftaler med tredjelande og en

8. Nuværende TEUF artikel 355(5)(a); for fiskeriaftalen se EF-Tidende 1980 L 226/12; for frihandelsaftalen se Aftale mellem Det Europæiske Fællesskab på den ene side og Danmarks regering og Færøernes landsstyre på den anden side, EU-Tidende 1997 L 053/2.
9. Se den såkaldte Grønlandstraktat, EF-Tidende 1985 L 29/1, nu TEUF artikel 204 og Protokol om den særlige ordning for Grønland; for fiskeripartnerskabsaftalen se EF-Tidende 2007 L 172/4; associationsafgørelsen se 2014/137/EU, EU-Tidende 2014 L 76/1.
10. Fiskeriaftalen se EF-Tidende 1993 L 161/2, der erstatter EF-Tidende 1993 L346/20. Aftale om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EF-Tidende 1994 L 1/3.
11. Dette anerkendes i præamblerne til aftalerne. Mht. EFTA se Convention establishing the European Free Trade Association, konsolideret version af 1. juli 2013; Frihandelsaftalen Island/EF, EF-Tidende 1972 L 301/2–161, DK specialudgave: serie I bind 1972 L 301/4.

eventuel vestnordisk frihandelsaftale. Såvel Island som Færøerne har allerede bilaterale frihandelsaftaler med andre tredjestater, mens en eller flere vestnordiske aftaler vil være Grønlands første.[12] Her er en afgrænsning nødvendig, idet en udtømmende analyse af procedurer og substans i disse ganske mange aftaler og konsekvenserne af en vestnordisk frihandelsaftale falder uden for dette bidrags rammer.

Island, der fik sin selvstændighed fra Danmark i 1918, kan indgå i frihandelsaftaler i egenskab af en selvstændig stat, mens der for såvel Grønland som Færøerne tillige er et forfatningsretligt perspektiv i forhold til Danmark.[13]

I det følgende præsenteres på denne baggrund i afsnit 3 de retlige rammer for en vestnordisk frihandelsaftale i regi af WTO. Afsnit 4 analyserer de begrænsninger, forholdet til EU opstiller for indgåelse af en vestnordisk frihandelsaftale, og endelig fokuserer afsnit 5 på de forfatningsretlige begrænsninger, der følger af Grønland og Færøernes medlemskab af Rigsfællesskabet. Afslutningsvist skitseres det samlede billede og politiske tråde samles op.

3. WTO's regler om regionale frihandelsaftaler

I dette afsnit redegøres først for betingelser for opnåelse af WTO medlemskab, dernæst præsenteres særlige spørgsmål, der knytter sig til Danmarks medlemskab af såvel EU som WTO, og endelig skitseres WTO's regler for indgåelse af bilaterale frihandelsaftaler.

3.1. Medlemskab af WTO – selvstændigt eller via Danmark

WTO's medlemsskare har et næsten globalt omfang: Pr. 26. april 2015 har organisationen 161 medlemmer og hertil kommer 22 lande med observatørstatus, lande der er på forskellige stadier i tiltrædelsesproceduren.[14]

Medlemskab af WTO kan opnås af *»enhver stat eller særskilt toldområde, som besidder fuldt selvstyre i ledelsen af sine handelsforbindelser med tredjelande og andre forhold, hvorom der er truffet bestemmelse i denne*

12. Færøerne har frihandelsaftaler med Island, Norge, Schweiz, Liechtenstein og Tyrkiet. Island indgår i frihandelsaftaler via medlemskabet af EFTA (se liste over aftaler på http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements, senest besøgt 11. november 2015), er medlem af EØS og har derudover frihandelsaftaler med EU, Færøerne og Kina.
13. Om Islands status i og udtræden fra det danske rige se Spiermann (2007). Danmarks Rige i forfatningsretlig belysning s. 36ff.
14. Den aktuelle liste over medlemmer og observatører kan findes på https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm, senest tilgået 5. november 2015.

overenskomst og de multilaterale handelsaftaler«, jf. WTO-Aftalen, artikel XII:1. Lande, der allerede var medlemmer af forløberen til WTO – General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947) – kunne tiltræde WTO som oprindelige medlemmer per 1. januar 1995, en mulighed som såvel Danmark som Island benyttede sig af.[15] Efter denne dato kan medlemskab opnås efter gennemførelse af forhandlinger med WTO – dvs. de eksisterende medlemmer – om koncessioner og forpligtelser.[16]

Færøerne og Grønland er omfattet af det danske medlemsskab, og et eventuelt selvstændigt WTO-medlemskab kan først opnås ved fuldt selvstyre i forhold til handelsrelationer med tredjelande. Dette er imidlertid (endnu) ikke tilfældet, da Grundloven, Selvstyrelovene og fuldmagtsordningen fastholder den udenrigspolitiske kompetence hos regeringen, se herom nedenfor i afsnit 5. Så længe denne interne danske ordning består, er det Rigsfællesskabet/ Kongeriget Danmark, der er ansvarlig for, at aftaler indgået af Færøerne og Grønland stemmer overens med WTO-Aftalens betingelser.[17]

Udover beskrivelsen af, hvornår en stat eller et toldområde kan ansøge om medlemskab, består den operative del af WTO-Aftalens artikel XII:1 af en kortfattet henvisning til, at tiltrædelsesbetingelser skal aftales med WTO. De anvendte procedurer bygger på praksis udviklet under GATT.[18]

3.2. Konsekvenser af kompetencefordelingen mellem Danmark og EU

Her må knyttes nogle bemærkninger til EU's medlemskab af WTO og konsekvenserne for Danmark, Færøerne og Grønland. To spørgsmål er relevante: Dels spørgsmålet om kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne i forhold til den fælles handelspolitik, og dels den territorielle udstrækning i forhold til Danmark af såvel EU- som WTO-medlemskab.

15. WTO Aftalens artikel XIV:1 og XI:1. Se 1994 BSF 27, Folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af overenskomsten om Verdenshandelsorganisationen (WTO), vedtaget den 16. december 1994.
16. WTO Aftalen artikel XIV:2 og artikel XII:2.
17. Se § 11 i lov 473 om Grønlands Selvstyre og § 5 i lov 137 om Færøernes Hjemmestyre. Ifølge Kongeriget Danmarks Strategi for Arktis 2011-2020, s. 33, har Grønland siden 2005 løbende arbejdet med at bringe sin lovgivning i overensstemmelse med WTO's regler.
18. Accession to the World Trade Organization: Procedures for Negotiations Under Article XII, WT/ACC/1, 24. marts 1995; yderligere procedurer er beskrevet i WT/ ACC/4, 5, 9 og 9; en liste over alle relevante dokumenter kan findes i Technical Note on the Accession Process, WT/ACC/10, 21. december 2001, s.36.

Først spørgsmålet om kompetencefordeling: Hverken De Europæiske Fællesskaber eller Den Europæiske Union var medlemmer af GATT 1947, men fik alligevel – i erkendelse af, at Kommissionen allerede under den fælles handelspolitik varetog EU medlemsstaternes fælles interesser på vegne af disse – status af oprindeligt medlem ved WTO's ikrafttræden.[19] Med den betydelige indholdsmæssige udvidelse, der var på tegnebrættet under forhandlinger blev spørgsmålet om den EU-interne kompetencefordeling mellem EU og medlemsstaterne i forhold til handelspolitikken aktuelt. Det var Kommissionens opfattelse, at WTO-Aftalen faldt indenfor EU's enekompetence, og at EU derfor skulle forhandle og tiltræde WTO på vegne af EU's medlemsstater. Rådet var af en anden opfattelse og forelagde spørgsmålet for Domstolen, der fastslog, at EU ikke havde enekompetence i relation til alle dele af aftalekomplekset, særligt ikke nogle af de nye områder vedrørende tjenesteydelser i General Agreement on Trade in Services (GATS) og intellektuel ejendomsret i Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS).[20] WTO-Aftalen blev derfor indgået som en såkaldt blandet aftale med såvel EU's medlemsstater som EU som medlemmer.[21]

Efterfølgende er det med Lissabon-traktaten slået fast, at den fælles handelspolitik er en EU enekompetence.[22] Konsekvensen er, at EU's medlemsstater – og herunder naturligvis Danmark – ikke selv kan forhandle eller indgå aftaler under den fælles handelspolitik uden bemyndigelse fra EU, eller medmindre det sker med henblik på gennemførelse af EU-retsakter.[23] En praktisk konsekvens af, at EU over tid har overtaget stadig flere facetter af handelspolitikken, er, at EU-medlemsstaterne nu skal se mod Bruxelles i stedet for Geneve i forhold til handelspolitikken: Den faste danske delegation ved WTO

19. WTO Aftalen artikel XIV:1.
20. Domstolens udtalelse 1/94 (WTO).
21. Rådets afgørelse 94/800, EF-Tidende 1994 L 336/1. For så vidt angår Danmarks tiltræden se 1994 BSF 27, Folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af overenskomsten om Verdenshandelsorganisationen (WTO), vedtaget den 16. december 1994.
22. Jf. TEUF artikel 3, stk. 1, litra e). Handelspolitikken, der er nærmere beskrevet i TEUF artikel 206-207, hører herved til de områder, hvor subsidiaritetsprincippet ikke gælder, jf. TEU artikel 5, stk. 3. Disse bestemmelser bygger på Domstolens praksis på området, jf. udtalelse 1/75 (OECD), udtalelse 1/78 (Naturgummi). Se efterfølgende Udtalelse 1/08 (GATS).
23. Jf. TEUF artikel 2, stk. 1. Medlemsstaterne kan fortsat indgå aftaler om økonomisk samarbejde med tredjelande på områder, der ikke er omfattet af Unionens enekompetence.

er lukket, således at danske, færøske og grønlandske interesser i Geneve nu varetages af den Permanente Mission til FN.[24]

Netop forholdet mellem Danmark, Færøerne og Grønland og den territorielle udstrækning af medlemsskab af såvel EU som WTO er kernen i det andet spørgsmål: Det danske medlemskab af WTO omfatter hele Kongeriget, inklusiv Færøerne og Grønland, mens disse to lande ikke er omfattet af det danske medlemskab af EU. Efterhånden som EU overtager kompetencer fra sine medlemsstater, bliver det danske medlemskab af WTO i stigende grad fokuseret på Færøerne og Grønland.[25] I 2013 indbragte Danmark – på vegne af Færøerne – EU (og herved også Danmark) for WTO's tvistbilæggelsessystem i tvisten om Atlanterhavssild – også kaldet Sildekrigen.[26] Denne sag blev bilagt i 2014.[27] En anden WTO-tvist – den såkaldte Sælskindssag fra 2009 – involverede indirekte Danmark og Grønland, idet sagen var anlagt i WTO af Norge og Canada mod en EU-forordning, der, blandt andet på dansk foranledning, særligt tilgodeså grønlandske fangere.[28] Forordningen er nu ændret efter at være blevet underkendt af WTO's Appelinstans.[29] Island deltog som tredjepart i såvel Sælskindssagen som sagen om Atlanterhavssild.[30]

3.3. Frihandelsområder og anden økonomisk integration

I WTO-terminologi omfatter betegnelsen regionale handelsaftaler (RTA) en række forskellige former for tættere samarbejde mellem enkelte eller grupper af lande.[31] Med udgangspunkt i anbefalingen fra Vestnordisk Råd skal her ses

24. Se http://um.dk/da/udenrigspolitik/handelspolitik/wto/danmark-i-wto/ og http://fngeneve.um.dk/en/ begge senest tilgået 6. november 2015.
25. Spiermann påpeger, at denne geografiske undtagelse udfordrer opfattelsen af rigets enhed fordi »det reale behov« for selvstændig optræden øges, se Spiermann (2008). »Vores grundlovsstridige hjemmestyreordninger.« Juristen 2008(1), s.12.
26. WT/DS/469. Formelt førte Danmark sagen i WTO, men Færøerne var bemyndiget til at iværksætte sagen under fuldmagt fra den danske regering, se notat fra Udenrigsministeren til Medlemmerne af Folketingets Europaudvalg af 22. november 2013, journalnummer 400. C.2-0. Sagen drejede sig om EU-sanktioner mod landing af sild fanget af færøske fiskere i medfør af implementeringsforordning 793/2013, EU-tidende 2013 L 223/1, jf. artikel 4 i forordning 1026/2012. EU-Tidende 2012 L 316/34.
27. Se WT/DS469/3, G/L/1058/Add.1 af 25. august 2014.
28. WT/DS/400 og WT/DS/401. Sagen drejede sig om forordning 1007/2009 af 16. september 2009, EU-tidende 2009 L 286/36.
29. WT/DS400/AB/R og WT/DS401/AB/R, se ændringen i Forordning 2015/1775 af 6. oktober 2015, EU-tidende 2015 L262/1.
30. Island har ikke selv indbragt sager for WTO og er heller ikke blevet indstævnet, men har deltaget som tredjepart i 9 sager.
31. Disse regler omfatter GATT artikel XXIV; »Forståelse vedrørende fortolkningen af artikel XXIV i Den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel

dels på reglerne vedrørende frihandelsaftaler (GATT artikel XXIV) og dels på reglerne for økonomisk integration (GATS artikel V) og arbejdsmarkedsintegration (GATS artikel V*bis*).[32] Notifikationsforpligtelser falder uden for rammerne af denne fremstilling.[33]

Reguleringen af WTO medlemmers indgåelse af RTA balancerer et grundlæggende ikke-diskriminationsprincip overfor et politisk ønske om yderligere liberalisering af handel end den, der kan opnås enighed om på WTO plan. GATT artikel XXIV:4 forklarer, at formålet med etablering af en toldunion eller et frihandelsområde »*bør være at lette handelen mellem parterne og ikke at skabe skranker for andre kontraherende Parters handel med disse*«. Herved udtrykkes et gennemgående princip, der skal indgå i fortolkningen af de øvrige bestemmelser i GATT artikel XXIV.[34] Definitioner på toldunioner og frihandelsområder findes i GATT artikel XXIV:8, materielle betingelser i GATT artikel XXV:5.[35] Det grundlæggende princip genfindes for tjenesteydelser i GATS artikel V:4, der dog ifølge sin ordlyd udgør en selvstændig forpligtelse.[36]

1994«; Decision on *Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, GATT Document L/4903. De tilsvarende regler for tjenesteydelser er reguleret i GATS artikel V og V*bis* med definitioner i GATS artikel XXVIII. Overvågning af regionale handelsaftaler sker ved Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements), jf. WTO-dokument WT/L/671. WTO har samlet information i en RTA database: http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx, senest tilgået 11. november 2015.

32. Andre muligheder for RTA, som udelades er toldunioner, jf. GATT artikel XXIV:8(a), den lille grænsetrafik, jf. GATT artikel XXIV:3(a), visse historisk betingede aftaler, jf. GATT artikel XXIV:3(b) og GATT artikel XXIV:11 samt *Enabling Clause*, Decision on *Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, GATT Document L/4903. Se Daniel (2009). Regionale handelsaftaler og WTO. Juridiske Emner. Godsk Pedersen.
33. Se nærmere ibid., s. 51f. Notifikationer under GATT artikel XXIV:7 og *1994-Forståelsen* skal tilgå Committee on Regional Trade Agreements (CTRA), i forhold til *Enabling Clause* § 4(a) til Committee on Trade and development (CTD), mht. GATS artikel V:7(a)-(b), Rådet for Handel med Tjenesteydelser og CRTA, og endelig mht. GATS artikel V*Bis*(b) til Rådet for Handel med Tjenesteydelser.
34. *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 57.
35. Appelinstansen har accepteret, at GATT artikel XXIV kan fungere som undtagelsesbestemmelse, se *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R.
36. Se hertil Daniel (2009). Regionale handelsaftaler og WTO. Juridiske Emner. Godsk Pedersen, s.40.

3.3.1. Frihandelsområder

Et frihandelsområde består af to eller flere toldområder indenfor hvilken »afgifter og andre restriktive bestemmelser« vedrørende »praktisk talt hele handelen« med varer fra disse områder afskaffes.[37] Denne betingelse stiller indholdsmæssige krav til selve aftalen. I praksis henvises i aftaler til kapitler i det harmoniserede system (HS), med enkelte undtagelser specificeret i selvstændigt bilag. Når dette er sagt, er det ikke ualmindeligt, og heller ikke i strid med WTO's regler, at frihandelsaftaler omfatter »industrivarer« i HS kapitlerne 25-97, men undtager kapitlerne 1-24 om »landbrugsvarer«.[38]

I overensstemmelse med det grundlæggende princip om ikke at stille andre WTO medlemmer ringere, må toldsatser og andre bestemmelser, der sættes i kraft ved etableringen, ikke være »højere eller mere restriktive« end de toldsatser/bestemmelser, der bestod forud for dannelsen af frihandelsområdet.[39] Det er en selvstændig forpligtelse for de deltagende lande at sikre, at toldsatser ikke hæves med en eventuel vestnordisk frihandelsaftale.

3.3.2. Økonomisk integration

WTO-medlemmer kan indgå aftaler om liberalisering af handel med tjenesteydelser, hvis aftalen har »betydelig sektordækning« forstået i forhold til »antallet af sektorer, omfanget af den berørte handel og leveringsmåder«.[40] Af en fodnote fremgår endvidere, at det er en forudsætning, at aftalen ikke

37. Jf. GATT artikel XXIV:8(b). Et toldområde er defineret som »et område, med hensyn til hvilket særskilte toldsatser eller andre bestemmelser vedrørende handelen opretholdes for en væsentlig del af et sådant områdes handel med andre områder«, jf. GATT artikel XXIV:2.
38. F.eks. henvises i artikel 2 i aftalen mellem Færøerne og Norge (BKI nr. 62 af 1. maj 1997) til kapitel 25-97 – hvorfra bilag 1 undtager tre typer produkter – samt fisk og marine-produkter defineret i bilag 2; tilsvarende ses artikel 2 i aftalen mellem Færøerne og Schweiz (BKI nr. 60 af 1. maj 1997). Dette betyder, at de første 24 kapitler – vedrørende levende dyr, produkter fremstillet af dyr, grøntsager samt tilberedte føde-, drikke- og tobaksvarer – er undtaget fra disse aftaler. HS-systemet kan findes på adressen http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/instrument-and-tools/hs_nomenclature_2012/hs_nomenclature_table_2012.aspx senest besøgt 11. november 2015. Til sammenligning omfatter aftalerne mellem Færøerne og Tyrkiet og mellem Færøerne og Island også HS kapitlerne 1-24. Aftalen EU/Island, EF-Tidende 1972 L 301/1, benytter den ældre Bruxelles nomenklatur.
39. Jf. GATT artikel XXIV:5(b). Sammenligningen skal ved anvendelse af de i *1994-Forståelsen* beskrevne principper: det er de anvendte og ikke de bundne toldsatser, der skal sammenlignes og udregning skal ske på baggrund af importstatistikker efter »toldposition og angivet i værdi og mængde fordelt på WTO-oprindelsesland«.
40. Jf. GATS V:1(a) og fodnote hertil. »Sektor« er defineret i GATS XXVIII:(e).

på forhånd udelader visse former for levering.[41] Dette krav, der afspejler, at grundprincippet for tjenesteydelser i WTO består i, at medlemsstaterne selv definerer omfanget af deres koncessioner, er derfor dels relativt i forhold hertil og dels lempeligere end det tilsvarende krav for så vidt angår varer.[42]

Inden for de sektorer, der er omfattet af aftalen, skal al forskelsbehandling i strid med princippet om national behandling enten helt afskaffes eller »praktisk taget« være fraværende.[43] Afskaffelse af forskelsbehandling kan tage form af afskaffelse af eksisterende og/eller forbud mod nye eller yderligere foranstaltninger.[44]

I forhold til aftaler om tjenesteydelser er det præciseret, at GATS ikke hindrer WTO-medlemmers indgåelse af aftaler om »fuld integration af arbejdsmarkederne mellem eller blandt parterne i en sådan aftale«.[45] Det forklares i en fodnote, at dette typisk indebærer de pågældende WTO-medlemmers statsborgeres frie adgang til »parternes beskæftigelsesmarkeder«, inklusive adgang til foranstaltninger vedrørende løn- og beskæftigelsesvilkår samt til sociale ydelser. Det betinges yderligere, at de pågældende WTO-medlemmers statsborgere fritages fra krav om opholds- og arbejdstilladelse.[46]

4. Forholdet til EU – fiskeri, associering og frihandel

Såvel Færøerne, Grønland som Island har som nævnt i indledningen fiskeriaftaler med EU.[47] I dette afsnit undersøges de aftaler, der ligger parallelt med

41. De fire former for levering beskrevet i GATS artikel I:2(a)-(d).
42. Se GATS artikel XVI og XVII, der henviser til den relevante »Schedule«.
43. Jf. GATS artikel V:1(b), forpligtelsen til at yde national behandling findes i GATS artikel XVII. Se hertil Panel rapporten *Canada – Autos*, WT/DS139/R & WT/DS142/R, pr.10.269-10.272. Undtaget er foranstaltninger tilladt under GATS artikel XI, XII, XIV og XIV*bis*.
44. Jf. GATS artikel V:i(b)(i)-(ii). Der kan tages hensyn til, om aftalen indgår i en mere omfattende økonomisk integrationsproces eller handelsliberalisering, jf. GATS artikel V:2. I forhold til udviklingslande skal der generelt udvises fleksibilitet i forhold til betingelserne, i overensstemmelse med de pågældende landes »udviklingsstade såvel generelt som i enkelte sektorer og undersektorer«, Jf. GATS artikel V:3(a). Sådanne hensyn skal især tages i forbindelse med kravene under GATS artikel V:1(b), jf. GATS artikel V:3(a).
45. Jf. GATS artikel V*bis*.
46. Jf. GATS*bis*(a).
47. »Bevarelse af havets biologiske ressourcer« er en enekompetence for EU, der kan indgå aftaler med tredjelande på området TEUF artikel 3(1)(d) og 3(2), jf. artikel 2(1).

fiskeriaftalerne: den færøske frihandelsaftale, den grønlandske associeringsaftale og for Islands vedkommende især medlemsskabet i EØS.

4.1. Færøerne og EU – frihandel

For det første opretholdes i frihandelsaftalen mellem EU og Færøerne, at fiskeri og handel udskilles i separate aftaler. Det fremgår således, at handelsaspekterne ikke må gribe ind i fiskeriaftalens funktion.[48]

Særligt to bestemmelser er relevante for Færøernes deltagelse i en vestnordisk frihandelsaftale. Hvis EU eller Færøerne »overvejer at sænke det faktiske toldniveau overfor tredjelande, der indrømmes mestbegunstigelsesbehandling«, skal dette meddeles til den blandede komite; herefter skal eventuelle bemærkninger fra komiteen vedrørende eventuelle fordrejninger af handelen tages til efterretning.[49] Mere specifikt tillades indgåelse af yderligere frihandelsaftaler eksplicit, dog forudsat, at de ikke ændrer handelsordninger, der er fastsat i denne aftale – særligt oprindelsesreglerne.[50]

For Færøerne er det afgørende, at deltagelse i en vestnordisk frihandelsaftale ikke griber ind i fiskeriaftalens funktion. Hertil kommer, at det kan blive relevant at forhandle nærmere i forhold til eventuelle toldsænkninger. Endelig må oprindelsesreglerne i frihandelsaftalen ikke ændres.

4.2. Grønland og EU – fiskeri og associering

I forhold til EU har Grønland såkaldt OLT-status, der især giver mulighed for at nyde godt af en række muligheder for at opnå EU-støtte. OLT-ordningen er reguleret på tre niveauer. Dels på traktatniveau, og dels nærmere bestemmelser om associering fastsat af Rådet i form af en generel afgørelse om associering, dels konkrete afgørelser om associering af enkelte OLT'er.[51] Det gælder særligt for Grønlands status som OLT, at den toldfrie adgang for fiskerivarer til EU – i kraft af en særlig protokol til Lissabon-traktaten – er

48. Aftale mellem EF og Danmark/Færøerne, EF-Tidende 1997 L 53/2, præamblen.
49. Aftale mellem EF og Danmark/Færøerne, EF-Tidende 1997 L 53/2, artikel 12.
50. Aftale mellem EF og Danmark/Færøerne, EF-Tidende 1997 L 53/2, artikel 19.
51. TEUF artikel 203. Se Rådets afgørelse om de oversøiske landes og territoriers associering med Den Europæiske Union 2013/755/EU, EU-Tidende 2013 L 344/1 og Rådets afgørelse om forbindelserne mellem den Europæiske Union på den ene side og Grønland og Kongeriget Danmark på den anden side 2014/137/EU, EU-Tidende 2014 L 76/1.

om ikke betinget af så dog tæt knyttet til Unionens tilfredsstillende adgang til de grønlandske fiskerizoner.[52]

Ikke-europæiske oversøiske lande og territorier (OLT), der har en historisk tilknytning til Danmark, Frankrig, Nederlandene og Det Forenede Kongerige, er omfattet af en særlig ordning med det formål at fremme den økonomiske og sociale udvikling i disse territorier og oprette nære økonomiske forbindelser med Unionen som helhed.[53] Ordningen sikrer på den ene side varer adgang til Unionen på lige fod med varer fra medlemsstaterne og på den anden side ikke-diskriminerende adgang for varer fra medlemsstaterne til det pågældende OLT's marked.[54] Centralt er et gensidigt forbud mod opkrævning af told, der dog er balanceret således, at territorierne kan opkræve ikke-diskriminerende told med henblik på at finansiere udvikling of industrialisering eller skaffe midler til offentlige budgetter.[55] Hvis ændrede toldsatser for varer fra tredjelande »*vil kunne fremkalde omlægninger af samhandlen til skade for en medlemsstat*«, kan denne begære, at Kommissionen foreslår nødvendige foranstaltninger.[56]

På det generelle plan – og med særlig blik for de dele af afgørelsen, der omhandler OLT'ers handelsrelationer – skal associeringen udgøre en ramme for politisk dialog og samarbejde, og blandt de områder, der prioriteres, er »økonomisk diversificering OLT'ers økonomier, herunder deres videre integration i verdensøkonomien og i de regionale økonomier«.[57] Det præciseres, at EU understøtter OLT'ernes deltagelse i regionale, subregionale og internationale markeder og i regionale eller subregionale integrationsprocesser.[58] Støtte til deltagelse i regionale integrationsorganisationer fokuseres på »deltagelse i udvikling af regionale markeder«.[59] Der er således principiel anerkendelse af vigtigheden af, at OLT'er indgår i yderligere handelssamarbejde, f.eks. regionalt. I associationsafgørelsens kapitel om handelssamarbejde er en række hensyn relevante i EU's støtte til OLT'er: integration i den regionale økonomi, diversificering af økonomi, kapacitetsopbygning i forhold til udvikling af

52. TEUF artikel 204 samt Protokol om den særlige ordning for Grønland, Fiskeripartnerskabsaftalen EU-Tidende 2007 L 172/4 og den dertil knyttede protokol om fastsættelse af fiskerimuligheder og finansielle modydelser EU-Tidende 2012 L 293/5.
53. TEUF artikel 198.
54. TEUF artikel 199.
55. TEUF artikel 200.
56. TEUF artikel 201.
57. Artikel 5(1) og (2)(a).
58. Rådsafgørelse 2013/755/EU, EU-Tidende 2013 L 344/1, præambel (30), og artikel 7(1).
59. Rådsafgørelse 2013/755/EU, EU-Tidende 2013 L 344/1, Artikel 7(4)(d).

handel med varer og tjenesteydelser, støtte handels- og eksportkapacitet, og hertil kommer evt. spørgsmålet om skabelse af et gunstigt investeringsklima.[60] I forhold til handelsdialog, samarbejde og kapacitetsopbygning nævnes som mulige områder for initiativer: kapacitetsstyrkelse, relevante retlige, tilsynsmæssige og institutionelle rammer, og udvikling af menneskelige ressourcer.[61]

Associeringsafgørelsen opretholder Lissabon-traktatens balancering af forpligtelser mellem EU og OLT'er, idet disse kun er forpligtet til at give EU-medlemsstater samme behandling som andre større handelsøkonomier.[62]

Sammenholdt med den ganske brede palet af skitserede initiativer i den generelle associationsafgørelse har den konkrete afgørelse for Grønland begrænset rækkevidde, ikke mindst i forhold til eventuelle initiativer til understøttelse af etablering af frihandelsaftaler: Det fremhæves i afgørelsen, at formålet med partnerskabet er at udvide og styrke relationerne mellem EU og Grønland og bidrage til bæredygtig udvikling af Grønland ved at »lette samråd og politikdialog« inden for (blandt andet) »bæredygtig økonomisk diversificering«.[63]

Sammenfattende kan det konkluderes, dels at Grønlands OLT-status ikke hindrer indgåelse af en vestnordisk frihandelsaftale og dels, at OLT-status kan indebære visse (om end begrænsede) muligheder for at opnå EU-støtte.

4.3. Island og EU – Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde

Fra 1973 var handel mellem Island og EF reguleret i en frihandelsaftale, der i grove træk var skåret over den samme læst som aftalen mellem EF og Færøerne (se ovenfor afsnit 4.1) – inklusiv bestemmelserne om planlagte sænkninger af toldsatser og indgåelse af yderligere frihandelsaftaler.[64]

Siden 2004 har Island været medlem af EØS-Aftalen. Det er en ambitiøs aftale, der i vidt omfang overflødiggør EFTA, fordi den per definition omfat-

60. Rådsafgørelse 2013/755/EU, EU-Tidende 2013 L 344/1, Artikel 42(1)(a)-(c), (e)-(f). Se tillige artikel 68 vedrørende udvikling af samhandelskapaciteten, med henvisning til diversificering og forbedring af samarbejde.
61. Rådsafgørelse 2013/755/EU, EU-Tidende 2013 L 344/1, artikel 69(a), (b) og (e).
62. Rådsafgørelse 2013/755/EU, EU-Tidende 2013 L 344/1, præambel (27), artikel 45(2).
63. Rådets afgørelse om forbindelserne mellem på den en side Den Europæiske Union og Grønland og Kongeriget Danmark på den anden side 2014/137/EU, EU-Tidende 2014 L 76/1, artikel 1(2), artikel 2(1) og artikel 3(1)(a). I perioden 2014-2020 er afsat et vejledende beløb på 217.800.000 Euro, jf. artikel 10.
64. EF-Tidende 1972 L 301/2–161, DK specialudgave: serie I bind 1972 L 301/4, artikel 12 og artikel 18.

ter alle EU-medlemsstater og står åben for EFTA-medlemmer.[65] På specifikke områder erstatter EØS-Aftalen eksisterende samarbejde mellem EU og enkelte EFTA-medlemsstater.[66] På et generelt plan træder EØS-Aftalen i stedet for eksisterende bi- og multilaterale aftaler mellem EF/EU og EFTA-medlemmer »i det omfang samme emner er omfattet« af EØS-Aftalen – hvilket omfatter den nævnte aftale mellem EF/EU og Island.[67]

Med særlig fokus på handelssamarbejde med tredjeparter indeholder EØS-Aftalen en bestemmelse om toldsænkninger svarende til den ovennævnte i aftalen mellem Færøerne og EU (ovenfor afsnit 4.1.). EØS-Aftalen tillader udtrykkeligt samarbejde inden for rammerne af det nordiske samarbejde og inden for rammerne af den regionale union mellem Schweiz og Liechtenstein.[68] Det er bemærkelsesværdigt, at indgåelse af yderligere frihandelsaftaler – i modsætning til flere andre frihandelsaftaler – ikke udtrykkeligt adresseres. Dette betyder imidlertid ikke, at sådanne aftaler er forbudt. For det første, med udgangspunkt i, at dette spørgsmål ikke er behandlet i EØS-Aftalen, må friheden til indgåelse af yderligere frihandelsaftaler være reguleret i den ældre frihandelsaftale. For det andet ville en så vidtgående indgriben i de deltagende staters suverænitet forudsætte et udtrykkeligt forbud. At dette også er parternes opfattelse fremgår af, at Island har indgået en aftale med Kina, og EU indgår i TTIP forhandlingerne, begge trods EØS-medlemsskabet.

Forudsat, at forpligtelsen til notifikation og overvejelse af eventuelle toldsænkninger i forhold til tredjelande overholdes, er der således hverken i den gamle frihandelsaftale eller i EØS-Aftalen hindringer for en vestnordisk frihandelsaftale.

I juli 2009 ansøgte Island om medlemskab af EU, og et lille år efter besluttede Det Europæiske Råd, at der skulle indledes optagelsesforhandlinger.[69] I maj 2013 blev disse forhandlinger på Islands foranledning stillet i bero.[70] En eventuel genoptagelse af tiltrædelsesforhandlingerne og efterfølgende

65. EØS-Aftalen: Aftale om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EF-Tidende 1994 L 1/3, især artikel 128. For en kort vurdering af konsekvenserne af EØS for EFTA, se Cottier (2013). »EFTA Free Trade Agreements: Past, Present and Future.« EFTA Bulletin (December 2013). Som en konsekvens af til- og sammenknytningen af EF-Domstolen/EU-Domstolen og EFTA Domstolen kommer EØS-Aftalen til at følge udviklingen indenfor EU, se hertil artikel 6 og artikel 105-108.
66. EØS-Aftalen, EF-Tidende 1994 L 1/3, artikel 85, jf. artikel 78 og protokol 31.
67. EØS-Aftalen, EF-Tidende 1994 L 1/3, artikel 121, se undtagelser i protokol 41 og 43.
68. EØS-Aftalen, EF-Tidende 1994 L 1/3, artikel 122.
69. Se Kommissionens udtalelse om Islands ansøgning om medlemskab af EU, KOM (2010) 62, baseret på analyser i dokument SEC(2010) 153.
70. Se rapporten om forhandlingerne SWD (2013) 418 final, med KOM (2013) 700 final.

EU-medlemskab vil indebære, at Island – idet handelspolitikken som nævnt ovenfor er en EU enekompetence – ikke længere på egen hånd kan forhandle og indgå frihandelsaftaler.

5. Rigsfællesskabet – Danmark, Færøerne og Grønland

Udgangspunktet ifølge Grundloven § 3 er, at regeringen har kompetencen til at indgå traktater samt ansvaret for udenrigspolitikkens førelse for hele Rigsfællesskabet.[71] Forholdet mellem Riget og Færøerne er reguleret i Hjemmestyreloven (lov nr. 137), loven om de færøske myndigheders overtagelse af områder (lov nr. 578) samt lov om Færøernes indgåelse af folkeretlige aftaler (lov nr. 579); for Grønland findes den tilsvarende ordning i Selvstyreloven (lov nr. 473).[72] I forhold til spørgsmålet om indgåelse af aftaler med tredjelande er ordningerne i lov nr. 579 og lov nr. 473 i vidt omfang ens og vil derfor blive behandlet samlet nedenfor.[73]

Under fuldmagtsordningerne kan henholdsvis det færøske landsstyre og Naalakkersuisut i et vist omfang varetage nærmere afgrænsede dele af udenrigspolitikken. Positivt afgrænses fuldmagten til forhandling og indgåelse af

71. Germer (2012). Statsforfatningsret, 5.udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.105, antager at der ikke hermed sættes grænser for adgangen til at overføre lovgivningskompetence til selvstyremyndighederne »for så vidt angår færøske og grønlandske anliggender«.
72. Lov om Færøernes Hjemmestyre, nr. 137 af 23. marts 1948, Lov om de færøske myndigheders overtagelse af sager og sagområder, nr. 578 af 24. juni 2005, Lov om Færøernes landsstyres indgåelse af folkeretlige aftaler, nr. 579 af 24. juni 2005, Lov om Grønlands selvstyre, nr. 473 af 12. juni 2009. Se generelt Harhoff (1993). Rigsfællesskabet. Udviklingen omkring Grønlands selvstændighed, se generelt DIIS (2007). Afviklingen af Grønlands kolonistatus 1945-54 – en historisk udredning. En undersøgelse af, om hjemmestyre og selvstyre er udslag af kommunalt selvstyre eller bør tildeles en mere stabil forfatningsretlig position, kan findes i Zahle (2007). Dansk Forfatningsret I – Institutioner og regulering, Christian Ejlers' Forlag. Kapitel 8. i forhold til lov 137 dagældende lov 577. Spiermann (2007). Danmarks Rige i forfatningsretlig belysning, s.69, betegner – med henvisning til forfatningsretlig sædvaneret – ordningerne som »grundlovsstridige, men forfatningsretligt gyldige«. Jens Peter Christensen (2012). Dansk Statsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.137, opfatter ordningerne som »vidtgående delegationer af lovgivningskompetence«, Germer (2012). Statsforfatningsret, 5.udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.24 betragter ordningerne som »statsretlige særordninger«.
73. Ifølge Zahle er de en enkelt forfatningsretlig model, Zahle (1998). Hjemmestyret i dansk forfatnngsret – en fredelig pluralisme. Retsforhold og samfund i Grønland. Janussen, s. 51.

folkeretlige aftaler på rigets vegne angående fuldt overtagne sagsområder, og som geografisk alene vedrører Færøerne/Grønland.[74] Negativt afgrænset omfatter fuldmagterne ikke folkeretlige aftaler, der omfatter forsvars- og sikkerhedspolitikken, aftaler, der skal gælde for Danmark eller aftaler indgået indenfor en international organisation, hvor Danmark er medlem.[75]

Det er afgørende for kompetencen til at indgå folkeretlige aftaler, at der er overført kompetence på området til henholdsvis Færøerne og Grønland. I forhold til Færøerne er eksterne handelsrelationer ikke blandt områder, der kan overtages, tværtimod er handelsrelationer en del af udenrigspolitikken, og derved udenfor lovens anvendelsesområde.[76] Dette fremgår også af, at der kan gives særlig adgang for Færøerne til at gøre interesser gældende ved handels- og fiskeriaftaler.[77] Tilsvarende er eksterne handelsrelationer ikke omfattet af listen over sagsområder, der kan overgå til Grønland, men kan eventuelt falde indenfor de sagsområder, hvor der kan træffes særlig aftale om overgang.[78]

Som konsekvens må forhandling og indgåelse af en vestnordisk frihandelsaftale ske efter bemyndigelse og med den begrundelse, at der er tale om »specielle færøske sager« henholdsvis »der alene vedrører Grønland«, og under medvirken af udenrigstjenesten.[79]

6. Sammenfatning og perspektiver

En vestnordisk frihandelsaftale mellem Færøerne, Grønland og Island er omfattet af Danmarks og Islands forpligtelser under WTO-Aftalen. Hvilke specifikke dele af WTO-Aftalen, der vil være relevante, afhænger af, om aftalen skal omfatte såvel varer som tjenesteydelser. WTO-overensstemmelse af en aftale skal afgøres dels i forhold til de materielle krav – ikke mindst i forhold

74. Lov nr. 579, § 1, stk. 1, og lov nr. 473, § 12, stk. 1.
75. Det skal fremgå, at folkeretlige aftaler indgås af Færøernes landsstyre eller Naalakkersuisut på »Kongeriget Danmarks for så vidt angår« Færøerne eller Grønland – eller i givet fald begge i forening, jf. lov nr. 579, § 2, stk. 1, 1. pkt., § 2, stk. 1, 2. pkt., jf. § 1, stk. 2, 2. pkt.; lov nr. 473, § 12, stk. 6, nr. 1, § 12, stk. 7, jf. § 12, stk. 2. Regeringsaftaler eller aftaler mellem forvaltningsmyndigheder indgås af Naalakkersuisut, jf. lov nr. 473 § 12, stk. 6, nr. 2.
76. Lov nr. 578, § 2, jf. § 1, stk. 2, nr. 4.
77. Lov nr. 137, § 8, 3. pkt.
78. Lov nr. 473, § 2 og § 3. Aftalt overgang i medfør af lov nr. 473, § 4.
79. Lov nr. 579, § 1, stk. 4 og lov nr. 137, § 8, 4. pkt., jf. lov nr. 579, § 2, stk. 2; for Grønland i medfør af lov nr. 473, § 12, stk. 4 og § 13, stk. 1 og stk. 2.

til hvor stor en andel af handelen/hvor mange sektorer, der omfattes. Hertil kommer de processuelle krav om notifikation.

De tre landes forhold til EU kan måske bedst betegnes som ambivalent, omend årsagerne hertil er forskellige. Alle tre lande er små økonomier i periferien af det europæiske samarbejde, såvel geografisk som i forhold til økonomisk betydning. Alle tre lande har en interesse i at opretholde selvstændighed i forhold til EU, men er samtidig i vidt omfang afhængige af adgang til EU's markeder. Ingen af de tre lande er medlemmer af EU, men alle tre samarbejder med EU på forskellig vis. Via medlemsskabet i EØS er Island tæt knyttet til EU og ikke mindst retsudviklingen i EU.[80] Et yderligere eksempel på betydningen af EØS-medlemsskabet er, at dette i vidt omfang overflødiggør den tidligere frihandelsaftale mellem de to parter. For Grønlands vedkommende er forholdet til EU karakteriseret ved, at OLT-ordningen giver privilegeret adgang til EU, dog betinget af, at EU har privilegeret adgang til de grønlandske fiskerizoner. Dette nuanceres af, at der er elementer i associeringsafgørelsen, på hvilke Kommissionen kan basere aktiv støtte til Grønlands indgåelse af en frihandelsaftale. På den anden side er Grønland ikke forhindret i at indgå frihandelsaftaler med tredjelande, dog således, at eventuelt skadelidte EU-medlemsstater kan opfordre Kommissionen til at træffe foranstaltninger – om Kommissionen følger opfordringen er et politisk spørgsmål. I forholdet mellem EU og Færøerne er det karakteristisk, at fiskeri ikke er omfattet af den indbyrdes frihandelsaftale. Denne reguleringsmæssige adskillelse indebærer en magtforskydning til fordel for EU. I den henseende er Sildekrigen instruktiv, dels som illustration af, at EU er parat til at anvende magtpositionen, og dels ved betydningen – som modvægt hertil – af Færøernes adgang til WTO's tvistbilæggelsessystem. Der er i frihandelsaftalen mellem EU og Færøerne betingelser nærmere end begrænsninger for Færøernes indgåelse af yderligere frihandelsaftaler.

Medmindre der træffes særlig aftale med Grønland om overgang af kompetencen i forhold til ekstern handel, kan indgåelse af en vestnordisk frihandelsaftale forfatningsretligt kun ske på vegne af Kongeriget Danmark. Det er vanskeligt at forestille sig, at en bemyndigelse ikke skulle gives, særligt i lyset af at Færøerne med Hoyvik-aftalen har indgået en aftale på området med Island.

80. Der er forskel på forpligtelserne under EU og EØS, se Hanneson (2011). »The Status of Non-Implemented EEA LAw in Iceland: Lessons from the Judicial Reactions of the Supreme Court to International Law.« Nordic Journal of International Law 2011: 425-458.

Tilbage står det politiske spørgsmål, om en aftale *skal* indgås. I den henseende kan det være instruktivt at kigge på generelle politiske strategier, med det forbehold, at disse nok kan fungere som pejlemærker, men ikke er forpligtende.

For Grønlands vedkommende blev der i 2008 udarbejdet et forslag til en strategi for aktiviteter i det arktiske område. Strategiforslaget nævner ikke muligheden for et vestnordisk handelssamarbejde: I forhold til det nordiske samarbejde henvises til Nordisk Råd, Nordisk Ministerråd samt Arktisk Råd og i forhold til handelssamarbejde nævnes muligheden for tilslutning til de aftaler, Danmark indgår via EU – samt tilpasningen af grønlandske regler til de internationale handelsregler i WTO.[81]

I Rigsfællesskabets arktiske strategi for 2011-2020 fremhæves atter, at Grønland arbejder på at tilpasse sig de internationale handelsregler med henblik på at skabe et godt investeringsmiljø, og hertil kommer mulighederne for at diversificere økonomien; for Færøernes vedkommende nævnes heller ikke et vestnordisk frihandelssamarbejde.[82] Til supplement af Kongerigets strategi udarbejdedes en vurdering af færøske interesser, hvori der fokuseres på Arktisk Råd, de kommercielle økonomiske potentialer i en eventuel nordlig sejlrute og fiskeri.[83]

I 2011 vedtog det islandske Althingi en resolution om Islands Arktiske politik, hvoraf fremgår, at Island skal søge at styrke og øge samarbejdet med Færøerne og Grønland med henblik på at fremme disse landes interesser og politiske position; dette samarbejde omfatter handel, energi, brug af ressourcer, miljøspørgsmål og turisme og det forudses at de vestnordiske lande således kan styrkes økonomisk og sikkerhedsmæssigt/politisk.[84] Samarbejde med Færøerne sker allerede under Hoyvik-aftalen.

EU på sin side tilkendegiver klart en interesse i Arktis og arktiske forhold, men fokuserer ikke – naturligvis, kan man fristes til at sige – på etablering af frihandelssamarbejde mellem de tre små økonomier.[85]

81. Namminersornerullutik Oqartussat, Udenrigsministeriet: »Arktis i en brydningstid« (2008), s.17 henholdsvis s.35.
82. Den danske regering, Færøernes landsstyre og Naalaakersuisut (2011): »Kongeriget Danmarks Strategi for Arktis 2011-2020«, s.33.
83. Prime Minister's Office, the Foreign Service (2012): »The Faroe Islands – a nation in the Arctic«, henholdsvis s.8f, s.14ff og s.21ff
84. A Parliamentary Resolution on Icelands Arctic Policy, vedtaget af Althingi ved 139 session 28. Marts 2011, se principperne 5 og til dels 10.
85. Se Meddelelse fra Kommissionen: »Den Europæiske Union og Den Arktiske Region«, KOM (2008) 763 endelig, samt Fælles meddelelse fra Kommissionen og Den Europæiske Unions Højtstående Repræsentant for Udenrigsanliggender og

Indgåelse af en vestnordisk frihandelsaftale er således ikke en udtrykkelig del af landenes strategier for Arktis. Omvendt vil en frihandelsaftale ikke stride mod strategierne, og kan for Islands vedkommende finde direkte støtte i strategien.

Sikkerhedspolitik: »Udvikling af en EU-politik for den arktiske region: fremskridt siden 2008 og den fremtidige indsats« JOIN (2012) 19 final.

Bådflygtninge i Middelhavet

– gamle problemer uden nye løsninger?

Af Birgit Feldtmann og Kristina Siig

»Real and irresistible distress
must be at all times a sufficient passport for human beings
under any ... application of humans laws«.
[1809 The Elanor][1]

1. Introduktion

Den akutte humanitære krise i Middelhavsområdet har næppe undgået nogens opmærksomhed. En affødt konsekvens ses i de hjerteskærende billeder af desperate flygtninge og immigranter, der forsøger – og desværre alt for ofte betaler med deres liv i forsøget på – at komme over Middelhavet i overfyldte både. Hvad måske færre er opmærksomme på er, at handelsflåderne yder et stort arbejde med at assistere kyststaternes flåder i redningsarbejdet. Danmarks Rederiforening oplyste i september 2015, at danske handelsskibe i den første halvdel af 2015 har været involveret i 13 redningsaktioner, hvor de samlet reddede 2660 personer. Året før var danske skibe involveret i 12 redningsaktioner på Middelhavet. Generelt tegner handelsskibene sig ifølge Danmarks Rederiforening for over en femtedel af alle flygtninge reddet i Middelhavet i den første halvdel af 2015.[2] Handelsskibene spiller således en central rolle i forbindelse med håndteringen af situationen i Middelhavsområdet.

Denne artikel omhandler den havretlige ramme for de redningsforanstaltninger, der udføres i Middelhavsområdet. Artiklen tager udgangspunkt i handelsflådernes rolle og belyser den generelle hjælpepligt i lyset af de særlige udfordringer, netop denne type redningsaktion giver anledning til. Artiklen starter med en kort introduktion til overordnede retlige problemstillinger, som følger i kølvandet af situationen i Middelhavet, efterfulgt af en analyse af havrettens hjælpepligt og den overordnede rollefordeling mellem handels-

1. (1809) 165 English Reports 81-83.
2. Danmarks Rederiforening, Bådflygtninge: Handelsskibe under pres; Flashanalyse 11/09/2015; se: https://www.shipowners.dk/aktuelle-udfordringer/flash-analyser/ (sidst besøgt 7. december 2015).

flåden og statslige aktører. Artiklen belyser i denne sammenhang også dansk rets regulering af området, og spørgsmålet om, hvorledes den civile skibsfart selv prøver at regulere området. Artiklen afsluttes med nogle overvejelser om, hvorvidt den retlige ramme for håndteringen af bådflygtningesituationen og rollefordelingen mellem civile og statslige aktører er hensigtsmæssig i lyset af den udvikling, vi ser i Middelhavet.

2. Overordnet om hjælpepligten og samspillet mellem statslige og private aktører

Pligten til at hjælpe andre i havsnød er en af de mest rodfæstede principper til søs: Det følger således af gammel folkeretlig sædvaneret, som senere også er blevet kodificeret i forskellige internationale retsakter, at kaptajnen om bord på et skib har pligt til at hjælpe alle, der er i livsfare til søs, så vidt som dette er muligt uden, at kaptajnen bringer sig selv, sit skib og de der ombordværende i fare.[3] Pligten er groft sagt absolut, og betyder, at en kyststat, der er blevet opmærksom på en nødsituation til søs, kan dirigere skibe fra andre landes handelsflåder til at deltage i, eller decideret forestå, redningsarbejdet.[4] Forpligtelsen til at yde hjælp indtræder også, hvis skibet selv bliver opmærksom på en nødsituation. I forbindelse med den humanitære krise i middelhavsområdet har dette, som nævnt oven for, betydet, at en betragtelig del af de bådflygtninge, der er blevet reddet fra havsnød i første omgang, er blevet reddet af handelsflåden og ikke af statslige skibe, som kystvagter eller søværn.

Når flygtningene er blevet samlet op, er situationen dog ikke løst. De nødstedte er godt nok midlertidigt bragt ud af den konkrete faresituation, de befinder sig i, men selve redningsaktionen er først afsluttet, når de reddede er kommet sikkert i land. I den forbindelse er det en udfordring, at kaptajnens pligt til at bringe de nødstedte ud af direkte fare ikke modsvares af en lige så klar pligt for enhver kyststat til at modtage de nødstedte.[5] Retten for en fremmed statsborger til at indrejse og søge ophold på en given stats territorium er central i forbindelse med staters suverænitet og afgøres derfor først og fremmest af national ret samt visse internationale retsakter, som for eksempel FN's Flygtningekonvention eller andre bi- eller multilaterale aftaler mellem stater.

3. Kenny/Tasikas, The Tampa Incident; IMO Perspectives and Responses to the Treatment of Persons Rescued at Sea, Pacific Rim Law & Policy Journal 12, s. 48.
4. Se nærmere neden for under 3.1.
5. Se nærmere neden for under 3.4.

Dilemmaet er åbenlyst, idet reglerne på den ene side foreskriver, at kaptajnen har pligt til at yde hjælp til nødstedte, uden at han på den anden side kan være sikker på at være berettiget til at ilandsætte samme nødstedte i nærmeste havn, hvilket ellers er den maritime sædvane. Dette kan være en udfordring i situationer, hvor der er tale om ganske få opsamlede, for eksempel fra en nødstedt fiskerbåd, da handelsflådens skibe kun er certificeret til et givent antal besætningsmedlemmer og er meget strikt dimensioneret derefter både hvad angår opholdsrum, men også sikkerhedsudstyr så som redningsveste og redningsfartøjer. Normalt lader kyststaterne dog skibene ilandsætte disse. Groft sagt ønsker sådanne nødstedte oftest bare at vende hjem, og de udgør derfor ikke en reel udfordring for kyststaten. Såfremt der er tale om bådflygtninge, ses et ganske andet og mere problematisk billede. For det første vil situationen om bord på skibet hurtigt blive akut. Bådflygtningene i Middelhavet bliver ofte reddet fra overfyldte både, hvilket betyder, at der kan være tale om flere hundrede personer ad gangen, herunder for eksempel børn, gravide kvinder, syge og gamle mennesker. Disse mennesker vil ofte være udmattede, pressede, dehydrerede og med behov for akut lægehjælp. Handelsskibene er ikke indrettede til at kunne huse, forsyne og håndtere så stort et antal personer. Et stort antal særligt udsatte mennesker på et handelsskib udgør utvivlsomt en humanitær og sikkerhedsmæssig udfordring, som bliver uhåndterbar, hvis spørgsmålet om en hurtig landsætning er uklart. En sådan situation er blevet set i Tampaaffæren fra august 2001.

Det norske fragtskib, M/V Tampa var den 26. august 2001 på vej nordpå fra Perth under kommando af kaptajn Arne Rinnan. Undervejs blev Rinnan kontaktet af den australske sø-redningstjeneste. Redningstjenesten var blevet opmærksom på en båd i havsnød i det indiske ocean, 140 sømil fra den australske ø, Juleøen (Christmas Island).[6] Et fly fra den australske redningstjeneste ledte Rinnan til stedet, og man fandt en overfyldt indonesisk fiskerbåd i akut havsnød. Det lykkedes Rinnan og hans besætning at overføre de 433 ombordværende afghanske flygtninge til Tampa i sidste øjenblik, inden flygtningeskibet sank.[7]

6. Australske myndigheder: *Border Protection: A New Regime*, side 1, punkt 1.1. (Internt australsk regeringspapir i forbindelse med en efterfølgende undersøgelseskomité nedsat med det formål at afdække hændelsen og særligt den efterfølgende lovgivningsmæssige proces). Kan downloades på: http://www.aph.gov.au/~/media/wopapub/senate/committee/maritime_incident_ctte/report/c01_pdf.ashx. (senest besøgt den 5. december 2015).
7. UNHCR: The State of the World's Refugees 2006 – Chapter 2. Safeguarding asylum: Box 2.3. The Tampa Affair: Interception and rescue at sea. State of the World's Refugees, 19 April 2006, http://www.unhcr.o/prit/4444d3c320.html (senest besøgt den 3. december 2015).

Den nærmeste havn var på Juleøen, hvilket også var i overensstemmelse med skibets intenderede rute, men de australske myndigheder nægtede den 27. august Rinnan at ilandsætte asylansøgerne der. I stedet pålagde de australske myndigheder Tampa at sejle tilbage til indonesisk farvand for at sætte asylansøgerne af i indonesisk havn.[8]

Tampa var certificeret til at have maks. 50 ombordværende og havde en besætning på 27. Cirka en fjerdedel af flygtningene var uledsagede børn, og af de resterende var 15 i så dårlig fysisk stand, at de var bevidstløse, da det australske flyvende lægekorps den 28. august besøgte skibet for at evaluere den medicinske og humanitære situation.[9]

Flygtningene om bord på Tampa ønskede ikke at blive returneret til Indonesien og truede med selvmord, hvis ikke Tampa holdt kursen mod Juleøen. Dette førte til en 5-dages humanitær og diplomatisk krise mellem de australske, de norske og de indonesiske myndigheder og efterlod kaptajn Rinnan og hans besætning i en uholdbar og farlig situation.

Situationen om bord forværredes løbende, og den 29. august klokken 11.26 informerede Rinnan de australske myndigheder om, at situationen om bord nu var uhåndterbar, og at han derfor ikke så andre muligheder end at gå til nærmeste kyst. Klokken 11.39 informerede de australske myndigheder Rinnan om, at en sådan handling ville blive set på som et flagrant brud på australsk ret, og at man ville borde skibet. Tampa blev bordet en time senere af 45 australske specialstyrker.[10]

Den australske premierminister havde allerede den 27. august udtalt, at det var på tide at trække en streg i sandet i forhold til illegale immigranter, og at ingen af de ombordværende på Tampa ville få lov at gå i land i Australien.[11] For at løse situationen på en måde, der var politisk acceptabel, blev det derfor aftalt med New Zealand, Papua New Guinea og den lille østat Nauru, at de ville modtage flygtningene.[12] Den 2. september blev de opsamlede herefter overført til det australske flådeskib HMAS Manoora for efterfølgende overførsel til disse stater med henblik på behandling af en eventuel asylansøging.[13] Krisen havde da varet 5 dage og havde, udover menneskelige omkostninger, påført M/V Tampas ejere, Wallenius Wilhelmsen Line, betragtelige økonomiske tab.[14]

Tampaaffæren tiltrak sig stor international opmærksomhed, og som en konsekvens af affæren er de havretlige regler efterfølgende blevet præciseret med et nyt stykke 1.1 i SOLAS Regel 33, hvorefter de kontraherende stater skal koordinere og samarbejde med henblik på at sikre, at »*the masters of*

8. Australske myndigheder: *Border Protection: A New Regime*, side 1, punkt 1.1-1.3.
9. Australske myndigheder: *Border Protection: A New Regime*, side 2, punkt 1.7.
10. Australske myndigheder: *Border Protection: A New Regime*, side 2, punkt 1.9.
11. Australske myndigheder: *Border Protection: A New Regime*, side 1, punkt 1.3.
12. UNHCR: The State of the World's Refugees 2006 – Chapter 2. Safeguarding asylum: Box 2.3. The Tampa Affair: Interception and rescue at sea. State of the World's Refugees, 19 April 2006, http://www.unhcr.o/prit/4444d3c320.html (senest besøgt den 3. december 2015).
13. Australske myndigheder: *Border Protection: A New Regime*, side 3, punkt 1.11.
14. UNHCR: The State of the World's Refugees 2006 – Chapter 2. Safeguarding asylum: Box 2.3. The Tampa Affair: Interception and rescue at sea. State of the World's Refugees, 19 April 2006, http://www.unhcr.o/prit/4444d3c320.html (senest besøgt den 3. december 2015).

vessels providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage...«[15], samt at »*the relevant Contracting Governments shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable.«*[16] Det betyder, at de relevante kyststater skal samarbejde for at sikre en hurtig landsættelse, men SOLAS indeholder ingen klar forpligtelse til at modtage de nødstedte.

Samspillet imellem hjælpepligten i konkrete havsnødsituationer og efterfølgende ilandsættelse er det grundlæggende tema i denne artikel, hvor der tages udgangspunkt i den situation, at det er et privat handelsskib, som foretager den konkrete redningsaktion og som efterfølgende landsætter de reddede personer i en nærliggende kyststat.

3. Forpligtelsen til at yde hjælp i havsnød

3.1. Generelt om hjælpepligten i folkeretten

Pligten til at yde assistance til personer i havsnød er et grundlæggende folkeretligt princip og sædvane,[17] som blev traktatfæstet tidligt, se for eksempel bjærgningskonventionen af 1910, art. 11, stk. 1, ifølge hvilken,

»[e]very Master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel, her crew and her passengers, to render assistance to everybody, even though an enemy, found at sea in danger of being lost.«[18]

Bestemmelsen indikerer, at hjælpepligten er ret vidtgående og omfatter blandt andet også »fjenden«. En mere nutidig traktatfæstning findes i FN's Havretskonvention (UNCLOS), art. 98, stk. 1, ifølge hvilken

»Enhver stat skal, så vidt det kan ske uden alvorlig fare for skibet, besætningen eller passagererne, pålægge kaptajnen på et skib, som fører dens flag:

a) at yde hjælp til enhver person i livsfare, som findes på havet;

15. SOLAS 2004, Regel 33.1.1., 1. pkt.
16. SOLAS 2004, Regel 33.1.1., 3. pkt.
17. Se Kenney/Tasikas, »The Tampa Incident; IMO Perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea«, 12 Pacific Rim Law & Policy Journal 143 (2003), s. 148 ff.
18. Bruxelleskonvention af 23. september 1910 om assistance og bjærgning til søs, art. 11. stk. 1.

b) hurtigst muligt at komme nødstedte personer til undsætning, såfremt han underrettes om deres behov for hjælp, og for så vidt en sådan handling med rimelighed kan forventes af ham (...)«

Reguleringen i FN's Havretskonvention giver anledning til at notere et par centrale aspekter. For det første forpligter bestemmelsen stater, som følgelig skal »pålægge« kaptajnerne på deres skibe den beskrevne hjælpepligt. For det andet referer bestemmelsen til to aktiviteter: at *yde assistance* (i den engelske version: »*render assistance*«) og *hurtigst muligt at komme nødstedte personer til undsætning* (i den engelske version: »*to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress*«). Det rejser spørgsmålet om, hvad forskellen imellem disse to aktiviteter (*yde assistance* og *komme til undsætning*) er, og hvori mere konkret kaptajnens konkrete forpligtigelse består. For det tredje bliver hjælpepligten knyttet til to situationer, nemlig »*enhver person i livsfare, som findes på havet*« (i den engelske version: »*any person found at sea in danger of being lost*«) og »*nødstedte personer*« (i den engelske version: »*persons in distress*«), uden at tage stilling til, hvordan eller hvorfor disse personer er kommet i den pågældende situation. Endelig bør det bemærkes, at hjælpepligten ikke er ubegrænset og kun indtræder, »*så vidt det kan ske uden alvorlig fare for skibet, besætningen eller passagererne*«.[19]

Også den såkaldte SAR-konvention[20] indeholder en hjælpepligt i dens regulation 2.1.10. Staterne bliver her forpligtet til, at

»(...) ensure that assistance is provided to any person in distress at sea regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found«.

Bestemmelsen anvender dermed nogle af de samme begreber, som FN's Havretskonvention (»*assistance*«, »*distress*«) og der skal under SAR-konventionens regler ydes assistance uanset vedkommendes nationalitet, status eller den situation, vedkommende er fundet i. I modsætning til reguleringen af hjælpepligten i FN's Havretskonvention er pligten i SAR-konventionen ikke knyttet til kaptajnen. I stedet er det staterne, der mere generelt skal sikre, at der ydes assistance.

19. Se Feldtmann, What happens after the Defense? – Considering »Post Incident« Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), s. 100 f.
20. International Convention on Maritime Search and Rescue.

Nogle af de samme begreber og formuleringer, der findes i Havretskonventionen og SAR-konventionen, går igen i SOLAS-konventionen,[21] som behandler spørgsmålet om hjælpepligten i kapitel V, regulation 33.1.

»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, if possible informing them of the search and rescue service that the ship is doing so. This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found. 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.«

I modsætning til reguleringen i de andre folkeretlige retsakter refererer SOLAS direkte til kaptajnens hjælpepligt og ikke til stater, som efterfølgende skal forpligte kaptajner, som for eksempel set i FN's Havretskonvention, art. 98. Formuleringen kunne indikere, at der kunne være tale om en direkte forpligtelse af individer. Spørgsmålet om en mulig direkte forpligtelse er dog mest af akademisk interesse, det afgørende er, at det påhviler stater at regulere spørgsmålet i deres nationale lovgivning og at håndhæve forpligtelsen.[22]

SOLAS nævner alene *assistance* som hjælpehandling og indeholder den samme formulering som SAR-konventionen om, at hjælpepligten indtræder uanset den nødstedtes persons nationalitet, status eller den situation, vedkommende er fundet i. Derudover indeholder SOLAS en dokumentationspligt, hvis kaptajnen udelader at hjælpe, idet han vurderer, at det at yde hjælp ville være urimeligt (»*unreasonable*«) eller unødvendigt (»*unneccessary*«).

3.2. Situationen, der udløser hjælpepligten

Den situation, som udløser kaptajnens hjælpepligt, bliver i de forskellige folkeretlige retsakter beskrevet med en vis gennemgående terminologi, hvor der enten er tale om, at en eller flere personer er i fare for at miste livet på havet (»*in danger of being lost at sea*«) eller at de befinder sig i havsnød/ er nødstedte (»*distress at sea*«). Formuleringerne indikerer, at der må være tale

21. International Convention for the Safety of Life at Sea
22. Feldtmann, »What happens after the Defense? – Considering "Post Incident" Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law«, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), s. 100 f. og Traumant, »Rescued at sea, but nowhere to go; The cloudy waters of the Tampa crisis«. 11 Pacific Rim Law & Policy Journal. 461 (2002), s. 473.

om alvorlige situationer, som indebærer en akut, alvorlig fare for skibet og de ombordværende. Dermed udløser rene ubehageligheder (»*inconvenience*«) ikke hjælpepligten; der skal være tale om en situation af alvorlig karakter, hvor skibet og dets besætning er i umiddelbar fare.[23] Situationen kan opstå af adskillige grunde, som for eksempel dårligt vejr eller tekniske problemer, men kan også være menneskeskabt, for eksempel på grund af dårligt sømandskab. Det centrale kriterie er situationens alvor og et derfra resulterende presserende behov for hjælp.[24]

Indtræden af hjælpepligten er dermed ikke knyttet til spørgsmålet om, hvorfor og hvordan den alvorlige situation er opstået, eller hvem de nødstedte personer er. Pligten opstår uden hensyn til vedkommendes nationalitet, status eller den situation, vedkommende er fundet i.[25] Dette er særligt relevant i forbindelse med de såkaldte »*ghost-ships*« – en praksis, som er blevet set i Middelhavet: Menneskesmuglerne fremprovokerer en farlig situation ved at overfylde udrangerede skibe med flygtninge og migranter og lade dem sejle med autopilot uden besætning eller andre personer, som kan navigere skibet.[26] Dette indebærer ikke kun en særlig farlig situation for de ombordværende flygtninge og migranter, men også for den øvrige skibstrafik. Det faktum, at nødsituationen bevidst er blevet fremprovokeret, udelukker dog ikke hjælpepligten. Sat på spidsen: hjælpepligtens indtræden evalueres alene på baggrund af den konkrete situation (er der behov for hjælp?) og ikke på baggrund af spørgsmålet om, hvorfor situationen er opstået (hvorfor er der behov for hjælp?).[27]

3.3. Hvornår indtræder kaptajnens hjælpepligt?

De forskellige folkeretlige retsakter, som forpligter kaptajnen til at yde hjælp i nødsituationer til søs, bruger forskellige formuleringer i forbindelse med

23. Se Noyes, E. John. 2007. »Ships in distress« Max-Planck Encyclopedia of Public International Law; October 2007, og Gadow-Stephani, »Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot«, Springer 2006, s. 213 ff.
24. Gadow-Stephani, »Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot«, Springer 2006, s. 213 ff.
25. Se Gallagher/David, »The International Law of Migrant Smuggling«, Cambridge University Press 2014. s. 84 ff.
26. Se en beskrivelse af denne fremgangsmåde på UNHCR's hjemmeside: http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refdaily?pass=52fc6fbd5&id=54aa2f7c8 (senest besøgt den 5.12.2015).
27. Feldtmann, »What happens after the Defense? – Considering "Post Incident" Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law«, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), s. 102.

spørgsmålet om, hvordan hjælpepligten mere konkret udløses. FN's Havretskonvention bruger formuleringerne *»som findes på havet«* (art. 98, stk. 1 a) og *»såfremt han underrettes om deres behov for hjælp«* (art. 98, stk. 1 b). Disse to formuleringer indikerer, at der grundlæggende kan skelnes imellem to forskellige scenarier. I det ene scenario bliver kaptajnen selv opmærksom på nødsituationen, for eksempel fordi han tilfældigvis sejler forbi, eller fordi han selv var involveret i nødsituationen, for eksempel ved en kollision. I det andet scenario bliver han af andre, ofte myndighederne, for eksempel den kyststat, som er ansvarlig for eftersøgning og undsætning på det relevante havområde, gjort opmærksom på nødsituationen og beordret til at yde hjælp.

SOLAS' formulering er mere bred ved alene at fokusere på modtagelse af information om nødsituationen (*»on receiving information from any source«*). Det betyder, at det for kaptajnens hjælpepligt i en given situation ikke er afgørende, hvordan han har fået kendskab til nødsituationen. Hans forpligtelse opstår i det øjeblik, han på den ene eller anden måde har fået kendskab til nødssituationen.[28]

3.4. Nærmere om hjælpepligtens indhold

Som nævnt under 3.1. refererer FN's Havretskonvention til to forskelige hjælpehandlinger: at yde assistance (*»assistance«*) og at komme til udsætning (*»rescue«*). Det rejser spørgsmålet om, hvad forskellen er, og hvori kaptajnens hjælpepligt mere konkret består. Begge begreber har været genstand for definitionsforsøg i den juridiske litteratur. Sammenfattende kan det konkluderes, at yde assistance er et ret vidtgående begreb, som indeholder en lang række af mulige aktiviteter, som bidrager til at lette den konkrete nødsituation. Kenny/Tasikas understreger, at *yde assistance* er et begreb, der giver kaptajnen mulighed for, at *»consider the circumstances of each distress case and take the most prudent and practical action to relieve the distress«*.[29] Dermed gives kaptajnen kompetencen til at vurdere den konkrete situation og foretage de mest hensigtsmæssige handlinger med henblik på at lette nødsituationen. Disse handlinger/denne assistance kan være af forskelig karakter, afhængig af den konkrete nødsituation.[30]

28. Feldtmann, »What happens after the Defense? – Considering "Post Incident" Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law«, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), as. 103.
29. Kenney/Tasikas, »The Tampa Incident; IMO Perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea«, 12 Pacific Rim Law & Policy Journal 143 (2003), s. 151.
30. Se Kenney/Tasikas, »The Tampa Incident; IMO Perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea«, 12 Pacific Rim Law & Policy Journal 143

At komme til udsætning er derimod et mere snævert begreb. SAR-konventionen (annex paragraf 1.3.2.) definerer (i den engelske version) *»rescue«* som *»an operation to retrieve persons in distress, provide for the initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety.«* Det betyder, at *»rescue«* er en aktivitet, som i sidste konsekvens resulterer i, at de nødstedte kommer i sikkerhed.[31] Hvis de nødstedte er ombord på det assisterende skib, er de ikke kommet i endelig sikkerhed, idet *»rescue«* først er opnået, når de nødstedte er kommet sikkert i land. Det betyder, at den endelige redning er afhængig af, at de handelsskibe, som deltager i redningsaktioner til søs og tager nødstedte personer ombord efterfølgende kan landsætte de nødstedte et sikkert sted. Kyststaterne har derfor en central rolle i forbindelse med *»rescue«*, og opgaven kan ikke løses af den private handelsflåde alene.

I kølvandet af den ovenfor beskrevne Tampakrise har der som nævnt været særlig fokus på spørgsmålet om landsætning efter en redningsaktion. SOLAS er blevet konkretiseret med henblik på mere præcist at fastlægge kyststaternes forpligtelse til at modtage nødstedte, der er blevet reddet af handelsflåderne, se hertil ovenfor under punkt 2. Den nye SOLAS Regel 33.1.1. efterlader dog stadig mange spørgsmål ubesvarede. Endskønt Regel 33 placerer det primære ansvar for en redningsoperation hos den kyststat, der er ansvarlig for eftersøgning og redning inden for det givne havområde – et kriterium, der let kan afgøres – skal dette ansvar alene sikre, at staterne i området samarbejder om opgaven. SOLAS Regel 33.1.1 pålægger således ikke nogen bestemt stat et primæransvar for at lade opsamlede nødstedte, herunder skibbrudne asylansøgere, gå i land. Og skønt SOLAS Regel 33.1.1 bestemmer, at de relevante kyststater skal sikre, at opsamlede kan gå fra borde inden rimelig tid, er det stadig et åbent spørgsmål, hvad der kan defineres som »rimelig tid« under bestemmelsen.

Eftersom kaptajnens forpligtelse over for de nødstedte først ender, når disse er bragt i sikkerhed på land, og der stadig hersker usikkerhed om, hvor og hvornår dette kan opnås, kan den tidsmæssige udstrækning af kaptajnens forpligtelse således ikke fastlægges endeligt.

(2003), s. 151 ff. og Feldtmann, »What happens after the Defense? – Considering "Post Incident" Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law«, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), s.102 f.

31. Kenney/Tasikas, »The Tampa Incident; IMO Perspectives and Responses on the Treatment of Persons Rescued at Sea«, 12 Pacific Rim Law & Policy Journal 143 (2003), s. 157 f.

3.5. Begrænsning af hjælpepligten?

Som nævnt ovenfor indeholder en række af de internationale retsakter formuleringer, som begrænser hjælpepligten til situationer, hvor hjælpen kan ydes *»uden alvorlig fare for skibet, besætningen eller passagererne«* (FN's Havretskonvention art. 98, stk.1). Disse formuleringer kan fortolkes på to måder. For det første kan man argumentere for, at uden-alvorlig-fare kriteriet er en forudsætning for, at hjælpepligten indtræder. Det betyder, at hjælpeforpligtelsen kun indtræder, såfremt der ikke foreligger en sådan fare. For det andet kan det fortolkes således, at hjælpepligten indtræder ved nødsituationer, men er begrænset igennem uden-alvorlig-fare kriteriet, hvilket betyder, at forpligtelsen kun omfatter hjælpehandlinger, som kan foretages uden denne fare.[32] Fra et praktisk perspektiv er dette spørgsmål dog af ringe relevans, spørgsmålet om hjælpepligten og omfanget af hjælpepligten er tæt knyttet til den konkrete situation og de vurderinger, der kan foretages i situationen.

Der er således også her tale om et faktisk farebegreb, når kaptajnen skal vurdere, om hjælpepligten kan afslås med henvisning til en mulig fare for skibets egen sikkerhed. Pekuniære hensyn, som for eksempel fare for tidstab eller fare for at lasten beskadiges, er derfor ikke relevante i afvejningen af, om kaptajnen kan undlade at yde assistance.[33] Spørgsmålet er dog, om frygten for en tilspidset sikkerhedssituation om bord på det hjælpende skib, som set under Tampakrisen, kan begrunde, at kaptajnen kan afslå at deltage i en storskala redningsoperation. Problemstillingen anerkendes af IMO's maritime sikkerhedskomité, som i sin vejledning om behandling af reddede personer påpeger risikoen for, at de reddede bliver aggressive eller voldelige, som en af de udfordringer, kaptajnen må håndtere.[34] For så vidt angår særligt bådflygtninge og bådmigranter, må det derudover forventes, at de vil modsætte sig at blive returneret til den havn, de er kommet fra, uanset om denne er nærmeste sikre havn ud fra en nautisk vurdering, som netop set i Tampakrisen. I det hele taget kan sådanne opsamlede også forventes at have et klart ønske om, hvilken af flere mulige havne de ønsker at blive landsat i.

32. Feldtmann, »What happens after the Defense? – Considering "Post Incident" Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law«, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), s. 104.
33. Proelss, »Rescue at Sea Revisited: What Obligations exist towards Refugees«, side 5, med henvisning til Cap Anamur-hændelsen. https://www.wsi.uni-kiel.de/de/lehre/vorle-sungen/archiv/ss2010/proelss/seerecht/seerecht/materialien/Rescue-%20at%20Sea%20%-28Paper%29.pdf (sidst besøgt 14. december 2015).
34. IMO Resolution MSC.167(78), Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, af 20. Maj 2004, https://mcanet.mcga.gov.uk/public/c4/solasv/msc/MSC.167%2878%29.pdf (sidst besøgt 14. december 2015).

Denne situation stod containerskibet Eleonora Maersk i efteråret 2014 i. Eleonora Maersk var på vej fra Malaysia til Rotterdam gennem Suezkanalen. I Middelhavet modtog kaptajnen en opfordring til at yde hjælp fra den maltesiske kystvagts eftersøgnings- og undsætningscentral. Dirigeret af centralen fandt man en overfyldt fiskekutter i havsnød. Det lykkedes i hårdt vejr at redde de 223 ombordværende flygtninge og migranter i sikkerhed om bord. Kaptajnen satte efter instruks fra den maltesiske kystvagt kurs mod Malta, men dette blev ikke vel modtaget af de nødstedte, der ønskede at komme til en havn på det europæiske fastland. Nogle af de ombordtagne påbegyndte sultestrejke, og der blev også fremsat andre trusler. Situationen om bord blev efterhånden anspændt. I sidste ende accepterede de nødstedte at blive landsat i italiensk havn, og efter dette var blevet accepteret af de italienske myndigheder, kunne Eleonora Maersk fortsætte til Catania, hvor de ombordtagne blev landsat.[35]

Det kan dog ikke på forhånd antages, at der vil opstå denne type spændinger om bord. Da risikoen for spændinger – og i sidste ende mytterilignende situationer – derudover skal vejes op mod den umiddelbare nødsituation, de nødstede befinder sig i, må det formentlig afvises at lade kaptajnen undsige sig hjælpepligten med henvisning til sådanne risici. Men problematikken understreger et behov for fleksibilitet og omstillingsvilje hos de modtagende kyststater.

3.6. Særligt om reguleringen af hjælpepligten i dansk ret

Reguleringen af hjælpepligten i folkeretten giver kun mening, hvis overholdelsen af forpligtelsen håndhæves, hvilket kun kan ske på statsniveau. Derfor er det afgørende, at forpligtelsen indgår i national lovgivning, mere præcist formuleret, at flagstaten forpligter kaptajnerne på egne skibe til at overholde hjælpepligten. I dansk ret er spørgsmålet om hjælpepligten til søs (og i andre tilfælde) reguleret i straffelovens § 253, stk.1, nr. 2, 2. led:

»Med bøde eller fængsel indtil 2 år straffes den, som, uagtet det var ham muligt uden særlig fare eller opofrelse for sig selv eller andre, undlader
(...)

2) at træffe de foranstaltninger, (...) som er påbudt til omsorg for personer, der er ramt af skibbrud eller anden tilsvarende ulykke.«

Bestemmelsen kriminaliserer ganske generelt en manglende opfyldelse af hjælpepligter, som er reguleret (»påbudt«) i speciallovgivningen. Hjælpepligten er begrænset ved, at den skal kunne udøves uden særlig fare eller

35. Information vedrørende denne hændelse er udtrukket fra kaptajnens logbog, som venligst udlånt af Maersk Line (ikke offentligt tilgængeligt materiale).

opofrelse, hvilket i forhold til § 253 bliver bredere fortolket, end bestemmelserne i folkeretten, da det antages, at betydelige økonomiske tab kunne være tilstrækkeligt til at ophæve hjælpepligten.[36] På den anden side kan man argumentere for, at den konkrete vurdering af, hvad der forstås ved *»uden særlig fare/opofrelse«* bør fortolkes i lyset af den konkrete forpligtelse, som bliver påbudt i den specielle regulering.

I forhold til hjælpepligten til søs er spørgsmålet altså, om der findes en konkret regulering, som pålægger kaptajnen at yde assistance i nødsituationer til søs, og hvor vidtgående denne forpligtelse i givet fald så er. En mulig relevant regulering findes i søsikkerhedsloven, som i § 30 pålægger kaptajnen en hjælpepligt, som dog kun gælder i tilfælde af kollision (*»skibssammenstød«*), eller hvor kaptajnens skib ved sin sejlads eller på lignende måde forårsager skade på et andet skib eller de ombordværende personer eller gods. Det betyder, at § 30 kun vedrører nødsituationer, hvor det hjælpende skib har været involveret i, at nødsituationen opstod. Dermed pålægger § 30 ikke en mere generel hjælpepligt, som også indtræder, hvis et handelsskib tilfældigvis møder et skib i havsnød eller bliver tilkaldt.[37]

En anden hjemmel for hjælpepligt til søs findes i Meddelelser fra Søfartsstyrelsen B, teknisk forskrift om skibes bygning og udstyr m.v. (BEK 506 af 06.05.2011), som er en dansk oversættelse af SOLAS. Følgelig findes i del V »Sejladsens betryggelse«, regel 33, som er identisk med SOLAS, kapitel V, Regel 33.1. (se oven for 3.1.). Det betyder i sin konsekvens, at en overtrædelse af kaptajnens hjælpepligt under SOLAS i Danmark kan straffes med bøde eller fængsel indtil to år. Dette er blevet bekræftet i U 2004.1949 V, hvor en kaptajn af et dansk skib havde undladt at yde assistance til nogle fiskere i havsnød i thailandsk fravand. Vestre Landsret konkluderede, at bekendtgørelsen (i sin daværende form), og dermed i sidste konsekvens SOLAS, udgør et påbud, som danner grundlag for strafansvar efter straffelovens § 253, stk. 1, nr. 2.

4. Betydningen af vejledninger og branchestandarder

Som supplement til den konventionsbaserede regulering i SOLAS- og SAR-konventionerne samt andre internationale retsakter, har FN's Interna-

36. Se Kommenteret Straffelov, speciel del, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2012, s. 417 f.
37. Se Feldtmann, »What happens after the Defense? – Considering "Post Incident" Obligations of Masters from the Perspective of International and Danish Law«, Ocean Development & International Law, 46:2 (2015), s. 106.

tionale Maritime Organisations (IMO) Maritime Sikkerhedskomite (MSC) udstedt retningslinjer for, hvordan personer, der reddes til søs, skal behandles.[38] Tilsvarende gælder for andre internationale organisationer og NGO'er[39] samt i nogle af de nationale brancheforeninger.[40] I det hele taget baserer en stor del af reguleringen af rederierhvervet sig reelt på branchestandarder, der supplerer de offentligretlige og privatretlige reguleringer. Retshistorisk ses der derudover flere eksempler på, at foregangsbilledet for det, der ender som lovgivning, tager sit udgangspunkt i – eller decideret er en ren inkorporering af – branchestandarderne på området.

Som eksempel kan nævnes, at Haag-Reglerne, der ligger til grund for den danske sølovs kapitel 13, blev udfærdiget af Comité Maritime Internationale (den internationale rederorganisation) i 1921, før de blev til konvention i 1924.[41] Tilsvarende blev den internationale regulering af ansvar for maritim olieforurening modelleret over to private branchetiltag, der bestod indtil 1997, hvor branchen vurderede, at de traktatbaserede tiltag var tilstrækkelige.[42] Endelig er langt størstedelen af den deklaratoriske regulering i sølovens kapitel 14 om befragtningsaftaler baseret på, hvad standardaftalerne i branchen foreskriver.[43]

Det er derfor relevant at se på, hvorledes disse vejledninger og standarder beskriver kaptajnens forpligtelse, idet dette kan have indflydelse på, hvorledes kaptajnens handlinger eller undladelser i den aktuelle situation efterfølgende vil blive evalueret, for eksempel under en erstatningssag.

De folkeretlige regler knytter som nævnt hjælpepligten til kaptajnen. Hvis han ombordtager nødstedte, er forpligtelsen, at *»treat them with humanity, within the capabilities and limitations of the ship.«* (SOLAS, kapitel V, regel 33.6). Kravet om at behandle de nødstøde inden for skibets ressourcer rejser

38. Resolution MSC. 167(78), adopted on 20 May 2004, MSC 78/26/add.2, ANNEX 34, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea.
39. Se fx IMO, UNHCR og International Chambers of Shipping, *Rescue at sea, A Guide to Principles and Practice as Applied to Refugees and Migrants,* (en fælles brochure), januar 2015. Se også International Chamber of Shipping, *Large Scale Operations at Sea, Guidance on Ensuring the Safety and Security of Seafarers and Rescued Persons,* brochure, London 2014.
40. Se fx Norges Rederiforbund, *Migrants at Sea. Large scale SAR Operations. Updated NSA advice, suggested procedures, debrief/checklist*, udfærdiget af Norges Rederiforbunds Contingency Planning Secretariat, august 2015 https://www.rederi.no/DownloadFile/?file=63311, sidst besøgt 10. december 2015.
41. Falkanger, Bull, Overby, *Søret*, 4. udg., København 2013, s. 282.
42. Falkanger, Bull, Brautaset, Scandinavian Maritime Law, The Norwegian Perspective, 2nd ed. Oslo 2004, side 197.
43. Se bemærkningerne til Lovforslag nr. L. 129, Folketinget 1993-94, som fremsat den 15. december 1993, side 103, spalte 2, samt NOU 1993:36, side 57, spalte 1.

spørgsmålet, om rederierne er forpligtede til at indrette skibets ressourcer med henblik på muligheden for en storskala redningsaktion. Vejledningerne er interessante, idet de angiver, hvilket beredskab, man kan forvente, der er om bord på skibene med henblik på håndtering af nødssituationer til søs. Dette gælder både procedurer, som for eksempel øvelser, men også for eksempel materiel og forsyninger.

I denne sammenhæng er det vigtigt at slå fast, at der netop *ikke* påhviler handelsflåden en *konventionsmæssig* forpligtelse til at ligge inde med tilstrækkeligt udstyr og forsyninger til, at skibet til enhver tid kan håndtere en redningsaktion med flere hundrede nødstedte og derefter tage vare på dem. Som nævnt ovenfor er skibes sikkerheds- og medicinudstyr samt forsyninger dimensioneret efter det pågældende skib og den intenderede rejse – naturligvis med en buffer for uforudsete hændelser. Handelsflådens forpligtelse strækker således ikke længere end til at sørge for, at de ressourcer, skibet i forvejen ligger inde med, bruges bedst muligt. Dette følger af SOLAS og mere specifikt af den manual for eftersøgning og undsætning, IMO og ICAO[44] har udfærdiget med hjemmel i SAR-konventionen.[45] Den fælles vejledning[46] fra IMO, UNCHR og International Chamber of Shipping om håndtering af bådflygtninge foreslår ikke et beredskab, der går videre end dette. Dette gælder både for så vidt angår forsyninger og udstyr, og beredskab i form af øvelser mv.[47] Deri-

44. The International Civil Aviation Organization.
45. IMO & ICAO: IAMSAR Manual, International Aeronautical and Maritime Search and Rescue Manual, Vol. III, Mobile facilities, Doc. 9732-AN/958, 2-5 og 2-6. http://dcaa.trafikstyrelsen.dk:8000/icaodocs/Doc%209731%20%20AN%20958/DOC%-209731%20IAMSAR%20Manual%20Volume%203,%20Mobile%20Facilities%20%202-008%20Edition.PDF. (Sidst besøgt den 13. december 2015).
46. IMO, UNHCR og International Chamber of Shipping. *Rescue at Sea, a Guide to Principles and Practices as applied to Refugees and Migrants,* (brochure), januar 2015, http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/UNHCR-Rescue-_at_Sea-Guide-ENG-screen.pdf (sidst besøgt den 13. december 2015).
47. Således gælder p.t. alene en forpligtelse til at gennemføre »almindelige« redningsøvelser, se hertil MSC.1/Circ.1447, GUIDELINES FOR THE DEVELOPMENT OF PLANS AND PROCEDURES FOR RECOVERY OF PERSONS FROM THE WATER, af 14. december 2012, http://www.ombros-consulting.com/wp-content/uploads/2013/11/-MSC.1-Circ.14471.pdf, MSC.1/Circ.1182/Rev.1, GUIDE TO RECOVERY TECHNIQUES, af 21. November 2014, http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/refugee-migrant-rescue/imo-guide-to-recovery-techniques-msc-1-circ-1182-rev-1.pdf?sfvrsn=6, samt MSC.1/Circ.1185/Rev.1, GUIDE FOR COLD WATER SURVIVAL af 30. November 2012, http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/refugee-migrant-rescue/imo-guide-for-cold-water-survival-

mod har International Chamber of Shipping[48] oprindeligt i sin vejledning fra 2014[49] anbefalet, at rederierne overvejer ikke alene at lave planer og procesbeskrivelser, på forhånd for at fastlægge, hvorledes storskala redningsoperationer[50] kan håndteres, men også tager ekstra forsyninger og proviant om bord på rejser, der gennemsejler farvande, hvor der er øget risiko for at træffe på bådflygtninge.[51] Vejledningen er dog i sin 2. udgave fra 2015 blevet kraftigt revideret, og indeholder nu ingen sådanne forslag.[52] For så vidt angår planlægning og redningsøvelser henvises til, at de »normale« planer og øvelser er tilstrækkelige,[53] og for så vidt angår mad, vand og andre forsyninger, henviser ICS sine medlemmer til at bede den kyststat, som er ansvarlig for redningsoperationen, om at bidrage.[54] ICS' gældende vejledning støttes bl.a. af EU's rederiforeninger, herunder den danske, og ligger i det hele taget i tråd med den linje, som Danmarks Rederiforening har i spørgsmålet. Foreningen har flere gange understreget, at den finder, at handelsflåderne i forvejen bærer en for stor del af den humanitære byrde med hjælpearbejdet. Foreningen påpeger, at der er behov for reelt at kunne forudsætte de relevante kyststaters assistance både med forsyninger og opretholdelse af sikkerhed om bord, samt en smidig procedure i forbindelse med ilandsætning af de opsamlede.[55]

msc-1-circ-1185-rev-1.pdf?sfvrsn=2 (alle webadresser sidst besøgt den 13. december 2015).

48. International Chamber of Shipping er en paraplyorganisation for de nationale rederiforeninger, og udgør den største, internationale rederorganisation. Det anslås, at ICS repræsenterer over 80 % af verdens handelsflåde, se yderligere på ICS's hjemmeside: http://www.ics-shipping.org/ (sidst besøgt den 13. december 2015).
49. International Chamber of Shipping, Large Scale Rescue Operations At Sea, Guidance on Ensuring the Safety and Security of Seafarers and Rescued Persons, London 2014, (brochure).
50. Ibid. side 3, punkt 3.1.
51. Ibid. side 3, punkt 3.3.
52. International Chamber of Shipping, Large Scale Rescue Operations at Sea, Guidance on Ensuring the Safety and Security of Seafarers and Rescued Persons, 2. udgave 2015, http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/resources/safety-security-and-operations-/large-scale-rescue-at-sea.pdf?sfvrsn=28 (senest besøgt den 13. December 2015).
53. Ibid., side 4, punkt 4.1.
54. Ibid., side 4, punkt 4.4.
55. Se fx Danmarks Rederiforening, Flashanalyse om bådflygtninge, september 2015, https://www.shipowners.dk/aktuelle-udfordringer/flash-analyser/ (senest besøgt den 5. december 2015), samt: »Rederiforening: Handelsskibe redder alt for mange flygtninge«, www.bt.dk, 15. september 2015, http://www.bt.dk/danmark/rederiforening-handelsskibe-redder-alt-for-mange-flygtninge (senest besøgt den 4. december 2015).

Norges Rederiforbund har valgt en anden strategi. Forbundet har, som følge af flygtningesituationen i Middelhavet, i august 2015 udstedt ganske omfattende retningslinjer til hjælp for sine medlemmer i forbindelse med forberedelse og eksekvering af storskala redningsoperationer.[56] Rederiforbundet foreslår sine medlemmer at være forberedt på situationen og for eksempel medtage ekstra drikkevand, nødforsyninger, tæpper, tørklosetter og ligposer.[57] Norges Rederiforbunds anbefaling er vidtgående, og går også videre end den ad hoc-forpligtelse, der ligger på rederierne.

Det norske eksempel er dog undtagelsen. Overordnet synes brancheforeningerne at være meget tilbageholdende med at anbefale, at rederierne påtager sig mere end den generelle forpligtelse til at anvende de til enhver tid ombordværende ressourcer bedst muligt i den konkrete situation. ICS' revision af sine retningslinjer må formentlig ses som et udtryk for et ønske fra rederibranchen om, at denne forpligtelse netop ikke udvides,[58] så der ikke skabes grobund for, at en endnu større del af flygtninge- og migrationsbyrden væltes over på handelsflåden.

5. Afsluttende bemærkninger

Flygtningekrisen i Middelhavet udfordrer på flere punkter det system for redningsaktioner til søs, som bliver rammesat i havretten. For det første ses her et fænomen, hvor menneskesmuglere i nogle tilfælde bevidst fremprovokerer en nødsituation, som udløser kaptajnens hjælpepligt. For det andet er der ikke sjældent tale om storskala redningsaktioner, hvor private skibe, som kun er indrettet til et begrænset antal mennesker, skal kunne tage flere hundrede mennesker ombord, som ofte er i dårlig forfatning. For det tredje blandes her

56. Norges Rederiforbund, Migrants at sea. Large scale SAR operations. Updated NSA advice, suggested procedures, debrief/checklists, august 2015, https://www.rederi.no/DownloadFile/?file=6331 (senest besøgt den 5. december 2015).
57. Ibid., side 9.
58. Se fx Danmarks Rederiforening, Flashanalyse om bådflygtninge, september 2015: »... Fragtskibe er ikke løsningen. De danske skibe i Middelhavet hjælper hver gang, de selv opdager eller bliver tilkaldt for at redde bådflygtninge – helt i tråd med de internationale konventioner SOLAS OG UNCLOS. Men at redde bådflygtninge op på fragt-og tankskibe er ikke optimalt. Skibene og deres besætninger har ikke udstyr (mad, tæpper, medicin etc.) eller ekspertise til at håndtere så mange mennesker, der ofte er syge eller traumatiserede. Derfor må handelsskibene heller ikke blive løsningen på et problem, der udvikler sig eksplosivt. Det handler ikke om økonomi – men om at hjælpe mennesker i nød, bedst muligt.« https://www.shipowners.dk/aktuelle-udfordringer/flash-analyser/ (Sidst tilgået den 5. december 2015).

det, i andre situationer relativt uproblematiske, spørgsmål om landsætning efter en redningsoperation til søs sammen med spørgsmål om, hvor de reddede flygtninge kan søge asyl, eller hvor migranter kan prøve at opnå ophold.

Situationen sætter dermed fokus på samspillet mellem de private handelsskibe, som deltager i redningsoperationer, og kyststaterne. Havrettens forpligtelse af private kaptajner til at yde hjælp i nødsituationer er afhængig af, at disse efterfølgende kan landsætte de reddede inden for en rimelig tid og uden unødigt besvær. Tampa-krisen har i denne sammenhæng været et skræmmeeksempel, som har resulteret i, at spørgsmål om landsætning er blevet konkretiseret i SOLAS. Men spørgsmålet er ikke nødvendigvis løst. Der er således stadig ikke for eksempel en klar forpligtelse for den nærmeste havnestat på skibets intenderede rute til at modtage de opsamlede. Og selv hvis det var klart reguleret, kan situationen om bord føre til et ønske om, at kunne landsætte de nødstedte et andet sted, som set både i Tampa og i M/V Eleonora Maersk-situationerne.

For den maritime branche er spørgsmålet om bådflygtninge i Middelhavet af afgørende betydning, og det er tydeligt, at man ønsker at undgå at udvide sin forpligtelse, for eksempel ved ikke at kræve at være særligt forberedt på en storskala redningsoperation, hvis man sejler i området.

Spørgsmålet om bådflygtninge og migration er også et fokuspunkt for IMO. Således afholdt IMO's maritime sikkerhedskomité (MSC) i dens 95. session den 9. juni 2015 en særsession om »usikker blandet migration til søs«.[59] På sessionen gav Special Adviser José Riera følgende bemærkning på vegne af UNHCR: *»UNHCR has ... long shared... [the shipping industry's] ... deep concern about the lack of stable, pre-agreed and predictable disembarkation arrangements. It cannot be put off any longer.«*[60] MSC besluttede at sætte øget focus på emnet, og at det derfor forbliver på dagsordenen hos MSC og IMO, *»in order to further discuss the matter and develop actions«*.[61] Omend emnet således er i fokus, kan det dog næppe antages, at en ny revision af SOLAS Regel 33 er lige om hjørnet. En revision af SOLAS Regel

59. http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Pages/MSC-95-session-on-unsafe-mixed-migration-by-sea.aspx (senest besøgt 13. december 2015).
60. UNCHRs udtalelse til IMO Maritime Safety Committee, 95th session, Special session on unsafe mixed migration by sea, bemærkninger af José Riera, Special Adviser, UNHCR. Fremhævningen er UNHCRs egen. http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/UNHCR%20final%20%20riera.pdf (sidst besøgt 13. december 2015).
61. http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Pages/MSC-95-session-on-unsafe-mixed-migration-by-sea.aspx (sidst besøgt den 13. december 2015).

33 er formentlig heller ikke det bedste værktøj til opgaven. Det er nærmere samarbejdet mellem potentielle modtagestater, der bør optimeres, og til dette er det helt andre juridiske mekanismer, der må i spil.

Overordnet set må kaptajnens stort set ubetingede hjælpepligt i havsnødsituationer fastholdes. Uden for kystnære områder er handelsflådens skibe nødvendige for at kunne opretholde sikkerheden til søs. Kyststaterne kan ganske simpelt ikke være til stede overalt. Men usikkerheden i forbindelse med landsætning giver anledning til at spørge, om det system, som er etableret af de internationale retsakter, er tilstrækkeligt til ikke alene at sætte rammen for »almindelige« redningssituationer til søs, men også for storskala redningsaktioner, hvor menneskesmuglere bevidst fremprovokerer nødsituationer, og landsætningsspørgsmålet bliver et spørgsmål om, hvor der kan søges asyl.

Autorisation af vagtvirksomhed og godkendelse af vagter i dansk ret

Af Christian Frier

1. Introduktion

Privat vagtvirksomhed anvendes i stort omfang af borgere og virksomheder i Danmark. Vagtvirksomhed består almindeligvis af aftale om opsyn med anden privat virksomhed, som f.eks. industriområder og butikscentre. Vagtvirksomhed er i alle tilfælde kendetegnet ved forudgående statslig kontrol i form af autorisation af vagtvirksomhedsejeren og godkendelse af vagter.

I disse år debatteres det, hvilke opgaver vagtvirksomheder kan udføre i samfundet.[1] Debatten er højaktuel som følge af de store veksler, det forhøjede terrorberedskab og flygtningestrømmen trækker på politiet. Det foreslås bl.a. at opgaver, der ikke udgør politiets kerneopgaver, som f.eks. arrestantkørsel og betjening af ATK-fotovogne, kan varetages af andre grupper, hvad enten det er private eller andre statslige instanser, som f.eks. Kriminalforsorgen.[2] Debatten er polariseret mellem fortalere for en indskrænkning af skellet mellem politi og vagtvirksomhed og de, som er mod.

I samme periode er det imidlertid gået næsten ubemærket hen, at civile bevæbnede vagter anvendes på danske lastskibe i bekæmpelsen af pirateri. I overensstemmelse med havretten finder national ret anvendelse på danskflagede skibe. Brug af civile bevæbnede vagter er imidlertid ikke omfattet af vagtvirksomhedsloven (herefter VVL),[3] men derimod våbenloven (herefter VL).[4] Kravene til forudgående statslig autorisation og godkendelse efter VVL gælder således ikke for denne type vagtvirksomhed, uanset at vagterne beskytter danske skibe, og uanset at vagterne har adgang til skydevåben. I stedet er godkendelseskompetencen placeret hos det enkelte rederi, der tillige kan

1. Høring, Vagt- og sikkerhedsbranchen i Folketingets Retsudvalg, 2013-14, REU Bilag 212.
2. Se f.eks. http://www.dr.dk/nyheder/penge/sikkerhedsbranchen-vil-overtage-politiopgaver (besøgt d. 14.12.2015)
3. Lovbekendtgørelse om vagtvirksomhed nr. 227 af 03/03/2010.
4. Lovbekendtgørelse om våben og eksplosivstoffer nr. 1005 af 22.10.2012.

delegere opgaven til en kontraherende vagtvirksomhed, hvor der kontraheres på privatretligt grundlag. Vagtvirksomheden er herefter ansvarlig for at godkende egne vagter. Det betyder i alle tilfælde, at det statslige godkendelsesprincip fraviges. Dermed bliver opgaver, der traditionelt er blevet varetaget udelukkende i offentligretligt regi, udført på et retsgrundlag præget af såvel offentligret som privatret.

I artiklen behandles reglerne, der knytter sig til autorisation af vagtvirksomhed og godkendelse af vagter i dansk ret.

I næste afsnit introduceres de materielle regler, der knytter sig til autorisation og godkendelse. I artiklens tredje afsnit analyseres de særlige omstændigheder, der gør sig gældende for de to typer af vagtvirksomhed. Dernæst vurderes de retspolitiske hensyn, der ligger til grund for de forskellige tilladelsesordninger. Artiklen afsluttes med sammenfatning og konklusion.

I det følgende omtales vagtvirksomhed med hjemmel i VVL som *almindelig vagtvirksomhed*, og vagtvirksomhed med hjemmel i VL som *maritim vagtvirksomhed*.

2. Regulering af vagtvirksomhed efter dansk ret

Før 1986 var vagtvirksomhed ulovreguleret i dansk ret, og sikkerhedsmarkedet var kendetegnet ved monopollignende tilstande med det daværende Securitas som den primære udbyder. Vagterne var som udgangspunkt underlagt samme restriktioner for anvendelse af magt og brug af magtmidler som den øvrige befolkning, herunder straffelovens regler for nødværge og nødret, samt retsplejelovens regler for civil anholdelse, dog med undtagelse af Securitas, der nød en særlig tilladelse til at udlevere knippel til sine vægtere.[5] I 1985 nedsatte Justitsministeriet et udvalg, der fik til opgave at undersøge behovet for en lovregulering af private vagtværn. Udvalget konkluderede, at vagtvirksomhed ikke kan udføres på en for samfundet betryggende og forsvarlig måde ved alene at indføre en række forbuds- og påbudsnormer. Der bør derfor indføres en autorisationsordning.[6] Det førte til vedtagelsen af VVL og dertilhørende bekendtgørelse,[7] der med undtagelse af mindre konsekvensændringer består uændret i dag.

I 2008 og frem blev den internationale handelsflåde genstand for en særlig aggressiv kriminalitetstype i form af pirateri. Somaliske pirater kaprede skibe

5. Betænkning om vagtvirksomhed nr. 1048, 1985, s. 12.
6. Betænkning om vagtvirksomhed nr. 1048, 1985, s. 19.
7. Bekendtgørelsen om vagtvirksomhed nr. 1045 af 30/09/2014.

i Adenbugten og Det Indiske Ocean, og både danske handelsskibe og danske lystbåde blev udsat for kapringer og gidseltagninger. Særligt kapringen af det danske lastskib Leopard i januar 2011 og den efterfølgende langstrakte gidselstagning[8] samt kapringen af den danske lystbåd ING i februar 2011[9] medførte stor mediebevågenhed. Selvom der er tale om kriminalitet fjernt fra dansk territorium, er danskflagede skibe underlagt dansk ret i overensstemmelse med FN's Havretskonvention. Populært sagt udgør Havretskonventionen en retlig ramme, der udfyldes af internationale og nationale materielle regler.[10] Maritim vagtvirksomhed er imidlertid ikke omfattet af VVL's anvendelsesområde på trods af, at der er tale om privat vagtvirksomhed. Det følger af VVL § 4, at en autorisation kan meddeles for en eller flere politikredse eller for hele landet.

»Det bemærkes, at der med vagter og vagtvirksomhed ikke forstås autoriserede vagter og autoriseret vagtvirksomhed i overensstemmelse med vagtvirksomhedsloven (...), at vagtvirksomhedsloven er territorialt begrænset til alene at finde anvendelse i Danmark og således ikke gælder på danskflagede skibe, som sejler uden for dansk territorialfarvand.«[11]

De to typer vagtvirksomhed er således underlagt parallelregulering, og regelsættene gennemgås særskilt.

2.1. Autorisation og godkendelse efter vagtvirksomhedsloven

For udøvelse af vagtvirksomhed i Danmark kræves statslig autorisation samt godkendelse. For meddelelse af autorisation gælder formelle krav til ansøgerens indfødsret, alder, bopæl samt vandelskrav af både økonomisk og strafbar karakter i henhold til VVL § 3, stk. 1, nr. 1-7. F.eks. må ansøgeren ikke have betydelig gæld til det offentlige eller være dømt for strafbare forhold, der begrunder en nærliggende fare for misbrug af adgangen til at udøve vagtvirksomhed. En autorisation kan tillige meddeles juridiske personer i henhold til § 4, stk. 1, hvorved bestyrelsesmedlemmer og direktører skal opfylde kravene. I praksis drives vagtvirksomhed både ved personselskabsform og kapitalselskabsform, og bestemmelsen har til formål at forhindre, at selskabsretten anvendes til omgåelse af reglerne. En autorisation meddeles for bestemte former for vagtvirksomhed, for et tidsrum på højst 5 år og for en eller flere politikredse eller for hele landet i henhold til § 5, stk. 1. Vurderin-

8. Den Maritime Havarikommission, LEOPARD, Piratoverfald den 12. januar 2011. Redegørelse fra den 29. oktober 2013 findes på www.dmaib.dk
9. http://um.dk/da/udenrigspolitik/udenrigspolitiske-nyheder/newsdisplaypage/?newsID =E1BC8893-63D8-4499-A750-73527874E872 (besøgt d. 30.10.2015)
10. Fremsættelsestale for ratifikation af FN's Havretskonvention, L 172 (2003).
11. Lovforslag, L 116 2011/2012, pkt. 5.2.6.

gen foretages af Rigspolitiet, og på nuværende tidspunkt er der udstedt 421 autorisationer i Danmarks tolv politikredse.[12] En autorisation kan efter § 14, stk. 1 og 2, tilbagekaldes, såfremt kravene ikke længere opfyldes.

For godkendelse af vagvirksomhedens ansatte, med undtagelse af personale der ikke udøver faktisk vagtvirksomhed, er kompetencen henlagt til politidirektøren i den politikreds, hvortil ansøgningen indgives. En ansøger skal have gennemført grundkursus eller besidde tilsvarende kvalifikationer i overensstemmelse med EU direktiv 2005/36 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer. Godkendelse kan nægtes, hvis vedkommende udviser en adfærd, der giver grund til at tro, at vedkommende ikke kan udøve hvervet på betryggende vis. Retten til at udøve vagtvirksomhed eller virke som vagt kan desuden frakendes ved dom, som i U 2003.2454Ø, hvor dømte tillige frakendtes retten til at udøve vagtvirksomhed, en rettighedsfrakendelse efter straffelovens almindelige regler.

2.2. Tilladelse og godkendelse efter våbenloven

Der findes to typer af våbentilladelser for brug af civile bevæbnede vagter på danske skibe henholdsvis den individuelle tilladelse efter VL's generelle bestemmelser, jf. § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, nr. 1-3, samt den generelle tilladelse, der blev indført med VL's § 4 c.[13] Den generelle tilladelse erstattede i praksis den individuelle tilladelse, som ikke harmonerede med rederiernes behov pga. den tidskrævende procedure for godkendelse af vagter. I det følgende gennemgås den generelle tilladelsesordning, for hvilken godkendelsesprocessen adskiller sig væsentligt fra den individuelle tilladelse og fra almindelig vagtvirksomhed. Den generelle tilladelse meddeles i praksis:

I perioden fra marts 2011 til juni 2014 meddeltes155 individuelle tilladelser, heraf blot 14 tilladelser i perioden fra vedtagelsen af den generelle tilladelsesordning. I denne periode meddeltes tillige 29 generelle tilladelser.[14] Omfanget af generelle tilladelser i perioden er formentlig udtryk for fornyelser i tilfælde, hvor tilladelser er udløbet.

12. Liste over autoriserede vagtvirksomheder pr. 1/11 2015. Senest besøgt d. 30/10/2015: https://www.politi.dk/da/borgerservice/ tilladelser/vagtvirksomhed/ vagtvirksomheder.htm.
13. For en generel præsentation af tilladelsesordningen henvises til Inge Birgitte Møberg og Cristina Angela Gulisano, Civile, bevæbnede vagter på danske lastskibe, Juristen 2012 nr. 4.
14. Information modtaget d. 15.5.2014 ved begæring om aktindsigt til Justitsministeriet.

2.2.1. Den generelle tilladelse efter VL § 4 c

De materielle regler, der knytter sig til den gerelle tilladelse, er fastsat i bekendtgørelsesform, jf. VL § 4 c, stk. 2. I henhold til bekendtgørelsens § 9, meddeles en våbentilladelse for en periode op til et år. Der foretages ingen vurdering af rederen eller bestyrelsesmedlemmer og direktørers vandel, hvor rederivirksomhed drives ved kapitalselskabsform. Det samme er tilfældet for vagtvirksomhedsejeren, der ikke skal søge autorisation.

Kun for vagter gælder der særlige krav til egnethed. Om vagternes egnethed anføres i bekendtgørelsens § 7, at:

»Rederiet godkender vagternes egnethed eller sikrer, at vagtvirksomheden kan dokumentere at have procedurer for godkendelse af vagternes egnethed.«

Vagtens egnethed vurderes i praksis af vagternes egen arbejdsgiver. Det betyder, at det statslige godkendelsesprincip er fraveget. Kravene om minimumsalder, relevant våbenerfaring, straffeattest og fornødent kenskab til nødværge og nødret medfører ikke nævneværdige udfordringer. F.eks. anses kravet til fornødent kenskab til nødværge og nødret at være opfyldt ved udlevering af relevant informationsmateriale.[15]

Anderledes udfordrende fremstår vurderingen af kravene til vagtens vandel, der kan indeholde et skøn. Vedkommende vagt må f.eks. ikke være straffet for en overtrædelse, som gør vedkommende uegnet til at besidde og anvende våben. Således bør hverken rederi eller vagtvirksomhed nå frem til, at den pågældende er egnet, hvis vedkommende er straffet for alvorlige forbrydelser, herunder bl.a. mord, brandstiftelse, voldtægt eller organiseret kriminalitet.[16] I tilfælde, hvor vedkommende er straffet for at have overtrådt våbenloven eller straffet for vold, vil der være behov for at foretage en vurdering af karakteren og omstændighederne af den konkrete overtrædelse:

»F.eks. bør en våbenlovsovertrædelse, hvor vedkommende har båret en pistol uden ammunition på et offentligt sted som altovervejende hovedregel føre til, at den pågældende ikke anses for egnet til at agere bevæbnet vagt. Omvendt bør en våbenlovsovertrædelse, hvor den pågældende f.eks. har en glemt kniv fra fisketuren i bilen og taget den med til bageren næste morgen, efter Justitsministeriets opfattelse ikke i sige selv føre til, at rederiet eller vagtvirksomheden anser den pågældende for uegnet som bevæbnet vagt. Forhold, som alene har karakter af mindre alvorlig vold af slagsmålslignende karakter (f.eks. værtshusvold), og som alene har haft ringe strafværdighed, f.eks. i form af en bøde, bør efter Justitsministeriets opfattelse heller ikke nødvendigvis føre til, at rederiet eller

15. Inge Birgitte Møberg og Cristina Angela Gulisano, Civile, bevæbnede vagter på danske lastskibe, Juristen 2012 nr. 4, s. 208.
16. Lovforslag L116 2011/2012, pkt. 5.2.6.

vagtvirksomheden alene af denne grund når frem til, at den pågældende potentielle vagt er uegnet til at kunne fungere som bevæbnet vagt om bord på rederiets skibe.«[17]

Det betyder, at det ikke blot er den materielle overtrædelse, men tillige den udmålte straf, der skal medtages i vurderingen. Det efterlader en række principielle spørgsmål om betydningen af betingede domme og domme afsagt i udlandet. Det kan medføre situationer, hvor en dansk ansøger stilles henholdsvis mere eller mindre fordelagtigt i forhold til en udenlandsk ansøger. I alle tilfælde foretages skønnet af vedkommendes egen arbejdsgiver. I vandelsvurderingen indgår tillige, at vagtens personlige forhold i øvrigt ikke må gøre det betænkeligt, at vedkommende godkendes:

»Det kan f.eks. være, at den pågældende tilkendegiver en misforstået indstilling til den opgave, der skal løses, som f.eks., at vedkommende blot skal af sted for at udrydde pirater.«[18]

Så vidt vides findes der ikke en særskilt vejledning til brug ved vurdering af vagternes egnethed. Rederi og vagtvirksomhed er således i udgangspunktet begrænset til lovtekst og forarbejde. I den sammenhæng bemærkes det, at der ikke gælder et nationalt tilknytningskrav som efter VVL. Det betyder, at udenlandske selskaber har fri adgang til det danske marked, hvilket vanskeliggør rederiernes mulighed for at validere kvaliteten af vagtvirksomheden.[19]

2.3. Retlige instrumenter af privatretlig karakter

Som konsekvens af, at der ikke gælder særskilte krav til maritim vagtvirksomhed, kan det være vanskeligt for rederierne at vurdere kvaliteten af vagtvirksomhederne på markedet. Til støtte for denne proces findes vejledninger og standardiseringer af privatretlig karakter. Retningslinjer for sejlads med bevæbnede vagter[20] er en vejledning som er udarbejdet af en række danske aktører. Vejledningen indeholder bl.a. en liste med kriterier, der bør tages i betragtning ved valg af vagtvirksomhed. International Organization for Standardization har udviklet en standardisering for maritime vagtvirksomheder,

17. Lovforslag L116 2011/2012, pkt. 5.2.6.
18. Lovforslag L116 2011/2012, pkt. 5.2.6.
19. Se Kim Østergaard og Marie-Louise Holle, Pirater – anvendelse af civile bevæbnede vagter om bord på danskflagede lastskibe, Juristen 2012, nr. 6, s. 293-296.
20. http://www.sikkerhedsbranchen.dk/billeder/Retningslinjer%20for%20sejlads%20med-%20-bevbnede%20-vagter%20-%20Version%202.pdf (senest besøgt d. 14.12.2015).

der fastsætter retningslinjer for maritime vagtvirksomheder.[21] Disse dokumenter er imidlertid ikke kodificeret i dansk ret.

2.4. Sammenfatning

Almindelig vagtvirksomhed og maritim vagtvirksomhed indeholder vidt forskellige godkendelsesprocedurer. Almindelig vagtvirksomhed medfører omfattende statsligt tilsyn i form af offentlig godkendelse og løbende kontrol. Omvendt er godkendelsesordningen for maritim vagtvirksomhed delegeret til private aktører uden statsligt tilsyn. Delegationen til private medfører, at rederierne påføres alle økonomiske og praktiske byrder samt strafansvar. Som konsekvens heraf har industrien udfærdiget forskellige vejledninger og instrumenter, der skal styrke rederiernes valg af vagtvirksomhed. FN's søfartsorganisation International Maritime Organization har f.eks. udfærdiget adskillige vejledninger på området.[22] Af andre privatretlige initiativer findes f.eks. ISO-standardisering af vagtvirksomheder, der har til formål at sikre, at minimumsstandarder er opfyldt.

3. Vagtvirksomhed – omstændigheder og grundlæggende hensyn

Afsnittet tager udgangspunkt i omstændighederne for den faktiske vagtvirksomhed, som udøves, samt de grundlæggende hensyn der lægges til grund i de lovforberedende arbejder for henholdsvis VVL samt VL § 4 c.

Formålet med afsnittet er at påvise, at der i det væsentligste er sammenfald mellem de grundlæggende hensyn for de to typer vagtvirksomhed, uanset, at hensynene er vægtet vidt forskelligt. Omvendt er omstændighederne og kriminaliteten, som vagterne skal forebygge og forhindre, af vidt forskellig karakter. Det gør sig gældende derved, at almindelig vagtvirksomhed udgør et supplement til almindelig politivirksomhed, hvorimod maritim vagtvirksomhed er det primære beskyttelsesværn mod pirateri.

21. ISO/PAS 28007:2012 Guidelines for Private Security Companies (PMSC) providing privately contracted armed security personnel (PCASP) on board ships (and pro forma contract).
22. 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, MSC.1/Circ.1405/Rev.2, 25 May 2012.

3.1. Hensynet til tilsyn og beskyttelse af borgere og virksomheder

Vagtvirksomhed opfylder et legitimt behov, og varetager en kriminalpræventiv funktion i samfundet. Der er således fra samfundets side en ikke uvæsentlig interesse knyttet til den virksomhed, som vagtselskaber udøver.[23] Det samme gør sig gældende for maritim vagtvirksomhed, om end omstændighederne er noget anderledes. Sikkerheden for de skibsførende, skib og last var afgørende for implementeringen af den generelle tilladelse. Den individuelle tilladelse viste sig for ufleksibel, som anført i fremsættelsestalen til lovforslaget:

»Hverken indholdet af eller proceduren for denne ordning harmonerer imidlertid med rederiernes behov for f.eks. hurtigt at få ændret en allerede udstedt tilladelse, fordi en vagt skal skiftes ud, eller der er brug for at medtage yderligere vagter. Den gældende ordning tager endvidere f.eks. heller ikke højde for rederiernes behov for med helt ned til en dags varsel at få udstedt en tilladelse, fordi rederiet vil byde på en fragtordre, som nødvendiggør sejlads gennem et område, hvor der er risiko for pirateri.«[24]

Sagsbehandlingstiden for godkendelse af vagter identificeres som den væsentligste udfordring, og den generelle tilladelse skal derfor sikre en mere smidig godkendelse. Det fremgår ikke af det lovforberedende arbejde, om andre godkendelsesordninger har været overvejet.

3.2. Hensynet til offentligheden

Et grundlæggende hensyn er at sikre borgere og virksomheder, der kommer i kontakt med private vagtværn. Hertil kommer, at vagtvirksomhed adskiller sig fra anden privat virksomhed på grund af sin art og karakter. På den baggrund konkluderede betænkningsudvalget i 1985:

»(...) på grund af virksomhedens nævnte karakter har borgerne på samme måde et rimeligt krav på beskyttelse mod overvågning og kontrol fra vagtselskabernes side.«[25]

Dette hensyn synes ikke at nyde stor opmærksomhed i det lovforberedende arbejde for maritim vagtvirksomhed. Uanset, at det kan være vanskeligt at sammenligne et industrikvarter og piratbekæmpelse i internationalt farvand, benyttes sidstnævnte område tillige af mange aktører. Der findes tilfælde,

23. Betænkning om vagtvirksomhed nr. 1048, 1985, s. 17.
24. Fremsættelsestale til lovforslag nr. L 116, d. 28. marts 2012.
25. Betænkning om vagtvirksomhed nr. 1048, 1985, s. 18.

hvor fiskere er blevet forvekslet med formodede pirater, og forvekslingen har i enkelte tilfælde haft fatale konsekvenser til følge.[26]

3.3 Hensynet til vagten og vedkommendes retstilling

Et hensyn, der ikke indgår i de lovforberedende arbejder, er vagtens retsstilling. Det kan være vanskeligt at harmonisere vurderingen af vandelskrav på tværs af politikredsene med henblik på at sikre en ensartet vurdering i henhold til VVL. Risikoen for uensartet fortolkning og vurdering er ikke mindre udtalt i tilfælde, hvor private foretager vurderingen. I det tilfælde, at det skønnes, at en vagt ikke opfylder kravene, vil vedkommende ikke opnå ansættelse. Efter VVL er der tale om en administrativ afgørelse, der kan indbringes for domstolene. Det samme gør sig ikke gældende for en vurdering foretaget af private aktører. På den vis er ansøgere efter VVL som udgangspunkt bedre beskyttet mod fejlagtig vurdering end ansøgere, der vurderes efter den generelle tilladelsesordning, der ikke har adgang til efterprøvelse.

Til forskel fra almindelig vagtvirksomhed foretages vurderingen af vagternes egnethed efter den generelle tilladelse under strafansvar. Eftersom der straffes ved forsætlig og uagtsom overtrædelse i henhold til straffelovens § 19, 2. punktum om speciallovgivning, er der en vis formodning for, at vagtvirksomheder er tilbageholdende med at godkende vagter i tvivlstilfælde, f.eks. hvor vedkommende er dømt for vold, der ikke per definition er diskvalificerende.

4. Konklusion

Almindelig vagtvirksomhed har, siden lov om vagtvirksomhed blev vedtaget, været kendetegnet ved statslig autorisation og godkendelse. Omvendt meddeles tilladelse til maritim vagtvirksomhed uden statsligt tilsyn. Dette på trods af, at vagterne har adgang til våben. Ordningerne er imidlertid udtryk for forskellig afvejning af retspolitiske hensyn. Almindelig vagtvirksomhed er et supplement til politivirksomhed, hvorimod maritim vagtvirksomhed udgør det primære beskyttelsesværn, hvor hensynet til de skibsførende vægtes højere end hensynet til den øvrige offentlighed. Det gør sig gældende ved en pragmatisk tilladelsesordning. I praksis er alle omkostninger og opgaver delegeret til private aktører. For at frasortere mindre seriøse selskaber anvendes

26. International Tribunal for the Law of the Sea, Case no. 24. The Enrica Lexie incident (Italy v. India), Provisional Measures.

privatretlige instrumenter, der fungerer som alternativ til statslig autorisation og godkendelse. Disse initiativer er i alle tilfælde frivillige.

Uanset, at den generelle tilladelse fungerer i praksis, er det relevant at granske, om ordningen kan indrettes mere hensigtsmæssigt til gavn for både industrien og den offentlige sikkerhed, uden at den nødvendige fleksibilitet fortabes. Det kan f.eks. ske gennem en autorisationsordning, hvorefter autoriserede vagtvirksomheder indrømmes retten til at godkende vagter, der viste sig at være den individuelle tilladelsesordnings akilleshæl.

Det presserende behov for implementeringen af et tidssvarende værn mod pirattruslen var ikke unikt for Danmark. Således har en lang række lande gennemført tilsvarende lovgivning, der tillader brug af civile bevæbnede vagter. Det er i denne sammenhæng relevant at undersøge, hvorledes andre lande regulerer brug af civile bevæbnede vagter. Det er bl.a. genstand for undersøgelse i nærværende forfatters ph.d.-projekt, der behandler private aktørers rolle i beskyttelse af skibe mod pirateri, og som forventes indleveret ultimo 2017.

Hvornår er der tale om en udbudspligtig offentlig kontrakt?[1]

Af Carina Risvig Hamer

1. Indledning

Hvert år indkøber det offentlige Danmark for knap 300 mia. kr.[2] Det offentlige har brug for at foretage en lang række forskellige anskaffelser for at kunne varetage dets opgaver. Det drejer sig om alt fra opførelse af nye skoler og hospitaler til kantinedrift på plejehjem og anskaffelser af IT-systemer til f.eks. økonomistyring m.v. Anskaffelser, som det offentlige foretager via en offentlig kontrakt, af en vis værdi, er omfattet af udbudsloven,[3] der implementerer udbudsdirektivet.[4] Hvornår der er tale om en offentlig kontrakt i udbudsdirektivets forstand kan ofte være svært at fastlægge. Dette skyldes særligt de mange forskellige samarbejdsformer, som det offentlige kan indgå med private, herunder, at der findes mange forskellige måder at få en offentlig opgave varetaget på.[5] Kun når der er tale om en offentlig kontrakt i udbudsdirektivets forstand, skal udbudsreglerne iagttages, herunder også tilfælde, hvor den offentlige kontrakt udgør en koncessionsaftale eller en rammeaftale.[6]

1. Denne artikel uddyber dele af kapitel 3 »*Offentlige Anskaffelser*« i Carina Risvig Hamer »*Grundlæggende Udbudsret*« DJØF, forventet primo 2016.
2. Rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen »*Status for Offentlig Konkurrence 2014*«.
3. Udbudsloven træder i kraft 1. januar 2016, jf. lovforslag L 28 »*Forslag til udbudsloven*« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015.
4. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT L 94 af 28. marts 2014, s. 65, herefter refereret til som udbudsdirektivet.
5. Ikke alle offentlige opgaver kan overlades til private. Således kan myndighedsopgaver ikke udliciteres uden lovhjemmel, ligesom der for kommunerne endvidere findes begrænsninger i kommunalfuldmagten. Endvidere er det også vigtigt, at det offentlige ikke er forpligtiget til at overlade opgaver til private, men kan varetage en række opgaver selv.
6. Se bl.a. C-113/13, *Spezzino*, pr. 36 »... En sådan rammeaftale (...) og henhører således generelt under begrebet offentlig kontrakt.« For uddybning om rammeaftaler se f.eks. Carina Risvig Hamer »*Regular purchases and aggregated procurement: the*

Hvor det offentlige ikke foretager en anskaffelse, men f.eks. yder støtte eller tilskud til et projekt, eller foretager et salg af f.eks. en grund eller en ejendom, finder udbudsreglerne ikke anvendelse.[7] Det samme gælder hvis der udstedes tilladelser eller lignende.

Udbudsdirektivet indeholder en definition af, hvornår der er tale om en offentlig kontrakt, og de seneste år har der været en del praksis fra både EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud, der har suppleret udbudsdirektivets definition. Formålet med denne artikel er at analysere og redegøre for, hvornår der er tale om en offentlig kontrakt.

2. Offentlig kontrakt

Offentlige kontrakter defineres som »... gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.«[8] Det er altså afgørende, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt. Som et helt klassisk eksempel på en offentlig kontrakt, er der f.eks. tale om en offentlig kontrakt, når en kommune ønsker at bygge en skole eller anskaffe sig kontormøbler hos en virksomhed. Her består gensidigheden i, at kommunen betaler en pose penge for at få leveret en ydelse. Det er dog ikke altid lige så nemt at klassificere en anskaffelse som en offentlig kontrakt, for hvad med den situation, hvor det ikke er kommunen, der skal bruge ydelsen, men borgerne i kommunen? Og hvad hvis det også er borgerne, der betaler for ydelsen? Er der så også tale om en offentlig kontrakt? Det er ikke på forhånd let at foretage en fuldstændig

changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies« Public Procurement Law Review, 2014, nr. 4, s. 201-210. Sue Arrowsmith »*The Law of Public and Utilities Procurement*« vol. 1, 3. udgave Sweet & Maxwell, 2014, kapitel 11.

7. Her findes der dog særregler, der regulerer salg af fast ejendom. Se bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud ved salg af kommunens henholdsvis regionens faste ejendomme.
8. Udbudsdirektivet artikel 2, stk. 1, nr. 5. En identisk definition findes i udbudslovens § 24, nr. 24. I det tidligere udbudsdirektiv anvendtes i stedet for »gensidig bebyrdende kontrakt« terminologien »gensidig bebyrdende aftale« Den engelske udgave anvender i begge direktiver »contracts,« og den danske ændring af ordlyden skal alene ses som en formalistisk ændring.

klar sondring. Den retlige kvalifikation af en kontrakt afhænger af de konkrete forhold, som karakteriserer det foreliggende tilfælde.[9]

Begrebet »gensidigt bebyrdende kontrakt« i udbudsretten er et EU-retligt begreb, og afhænger således ikke af kvalificeringen i national ret.[10] Anvendelsen af begrebet »gensidigt bebyrdende kontrakter« har til formål at udskille aftaler fra udbudsdirektivets anvendelsesområde. I den forbindelse er EU-Domstolens praksis om in-house udviklet netop med henvisning til, hvornår der er tale om gensidigt bebyrdende aftaler. Når der tales om in-house, betyder det, at ordregiveren enten selv varetager opgaven, eller at ordregiveren overlader opgaven til en enhed, som ordregiveren har en særlig tæt tilknytning til. I en sådan situation beror det på en konkret vurdering, om der er så særlig tæt en tilknytning til enheden, at der ikke længere foreligger gensidighed, og kravene til in-house, således som disse er udviklet i praksis fra EU-Domstolen, er opfyldte.[11]

At der skal være tale om gensidighed betyder også, at ensidige dispositioner, som f.eks. gaver eller sponsorater til det offentlige, som udgangspunkt ikke er omfattet af begrebet offentlig kontrakt.[12] Det samme gælder, hvis en pengegave er øremærket til indkøb af udstyr af et bestemt fabrikat. Hvis der derimod findes flere leverandører, der kan levere det pågældende fabrikat, skal kontrakten udbydes, hvis værdien af kontrakten medfører, at tærskelværdierne overskrides. Det samme er tilfældet, hvis ordregiveren modtager en pengegave til indkøb af udstyr af en bestemt art, men uden krav om et bestemt mærke. Hvis f.eks. et hospital modtager et særlig scanner fra en virksomhed, kan det ske uden udbud, forudsat at hospitalet ikke forpligtiger sig til at indgå en aftale med gavegiver om f.eks. vedligehold, service osv.

Hvorimod, hvis hospitalet modtager et større pengebeløb til køb af en scanner, skal udbudsreglerne iagttages.

Af udbudsdirektivets definition af en gensidigt bebyrdende kontrakt kan udledes følgende betingelser:

1) Der skal være tale om en kontrakt (afsnit 2.1.)

9. C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, pr. 70.
10. Jf. C-264/03, *Kommissionen mod Frankrig*, pr. 36, C-220/05, *Auroux*, pr. 40 for så vidt angår definitionen af en bygge- og anlægskontrakt.
11. For yderligere om in-house se f.eks. Mario Comba & Steen Treumer (Red.) »*The In- house Providing in European Law*« DJØF 2010, Jens Bødtcher-Hansen »Det udvidede in-house-begreb« i Karsten Hagel-Sørensen (red.) »*Aktuel udbudsret*« DJØF 2011, Jesper Fabricius »*Offentlige indkøb i praksis*« 3. Udgave, Karnov Group, 2014, s. 106 ff.
12. Jf. også lovbemærkningerne til § 24, nr. 24.

2) Krav om skriftlighed (afsnit 2.2.)
3) Krav om, at ordregiver skal foretage en anskaffelse (afsnit 2.3)
4) Krav om, at ordregiveren skal levere en modydelse (afsnit 2.4).

2.1. Kontrakt

For at der er tale om en offentlig kontrakt, skal der altså først og fremmest være tale om en kontrakt. Det indebærer, at f.eks. ydelser, der udføres på andet grundlag end en kontrakt, f.eks. love eller administrative bestemmelser m.v., ikke er udbudspligtige.[13] EU-Domstolen har dog udtalt, at kun i det tilfælde, hvor der er tale om en ensidig administrativ retsakt, der alene opstiller betingelser for virksomheden, der skal levere en ydelse, og dermed er en retsakt, der adskiller sig mærkbart fra de kommercielle betingelser, der normalt tilbydes af dette selskab, vil det skulle lægges til grund, at der ikke foreligger en aftale/kontrakt.[14] Ved vurdering af, om dette var tilfældet, skal det tillægges betydning, om virksomheden har beføjelse til at forhandle det konkrete indhold af de tjenesteydelser, der skal leveres, og de takster, der skal finde anvendelse herpå, samt om selskabet har adgang til at frigøre sig fra de forpligtelser, der følger af samarbejdsaftalen under iagttagelse af det i denne fastsatte opsigelsesvarsel.[15] Den enkelte medlemsstats kategorisering af et forhold som en retsakt er ikke relevant, når det skal vurderes, om der er tale om en offentlig kontrakt i udbudsdirektivets forstand.[16] Begrebet offentlig kontrakt skal således betragtes som et EU-retligt begreb, der skal tolkes i overensstemmelse med den EU-retlige terminologi og praksis.

I *Tragsa*,[17] fandt EU-Domstolen, at udbud kunne undlades, når selskabet ikke havde nogen frihed med hensyn til, hvad der skulle ske med hverken en bestilling fra de pågældende kompetente myndigheder eller den takst, som skal anvendes for dets ydelser.[18] Når ordregiver ensidigt, administrativt

13. Jf. lovbemærkningerne til udbudsloven. Se dog C-399/98, *Ordine*, der modificerer dette synspunkt en smule henset til, at EU-Domstolen i sagen fandt, at uanset at der eksistererede en national bestemmelse om, hvordan opgaven skulle udføres, ikke var tilstrækkeligt til at udelukke aftalen fra udbudsdirektivets anvendelsesområde, hvis betingelserne for, at der er tale om en offentlig kontrakt, var opfyldt.
14. C-220/06, Asociación National de Empresas Forestales, pr. 54.
15. C-220/06, *Asociación National de Empresas Forestales*, pr. 53. David McGowan »A Contract or Not? A Note on Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Case C-220/06)« Public Procurement Law Review 2008 NA 204.
16. Se f.eks. C-220/06, Asociación National de Empresas Forestales, pr. 50.
17. C-295/05, *Tragsa*.
18. C-295/05, *Tragsa*, pr. 53-55.

fastlægger det beløb, som et selskab skal have for de ydelser, det udfører for ordregiveren, er der næppe tale om gensidighed. Omvendt vil det forhold, at selskabet har et valg, med hensyn til om den vil udføre opgaven for myndigheden, herunder at selskabet har mulighed for at opsige aftalen med myndigheden, tale for tilstedeværelse af en kontrakt.

Endelig bør det bemærkes, at det forhold, at en opgave er henlagt ved lov og dermed uden for udbudsdirektivets bestemmelser, ikke er ensbetydende med, at der ikke findes andre regler, som skal iagttages, herunder f.eks. statsstøttereglerne.[19]

Egentlig burde det ikke være så vanskeligt at fastlægge, om der foreligger en kontrakt eller en administrativ retsakt, men i flere medlemsstater har det vist sig, at det har været vanskeligt at klarlægge, hvilket også kan ses af EU-Domstolens praksis.[20] I Danmark sker overladelse af opgaver til virksomheder via kontrakter. En anden årsag til, at dette ikke ser ud til at have skabt mange problemer i praksis, kan også være, at staten i mange henseende er blevet betragtet som en enkelt enhed, der har kunnet tildele opgaver til sig selv mellem de enkelte ministerier og deres tilknyttede enheder.[21]

2.2. Skriftlighedskrav

Af definitionen ovenfor ses, at det er afgørende, at den gensidigt bebyrdende kontrakt indgås skriftligt. En ordlydsfortolkning af udbudsdirektivets definition vil således føre til, at mundtlige aftaler ikke er omfattet af udbudsdirektivet og udbudsloven.[22] Det vil dog næppe være således, at udbudsreglerne ikke finder anvendelse, alene fordi der blev indgået en mundtlig aftale. Kravet skal formentlig nærmere forstås som en betingelse, der skal være til stede, når der indgås en offentlig kontrakt.

19. Om statsstøttereglerne se Sune Troels Poulsen »Statsstøtteret i EU – mellem ligebehandling og påvirkning af konkurrencen« DJØF 2015.
20. Se om de enkelte medlemsstaters praksis Roberto Caranta »*General Report*« i Ulla Neergaard, Catherine Jacqueson og Grith Skovgaard Ølykke (Red) »*Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes*« DJØF, 2014, s. 86–96.
21. Se også lovbemærkningerne til udbudsloven, der angiver »Efter gældende ret betragtes staten i udbudsretlig forstand som en enhed, således som det også er tilfældet i eksempelvis en konkurssituation, hvor staten over for et konkursbo er berettiget til at modregne krav, der hører under forskellige statslige myndigheder.«
22. Se også C-532/03, *Kommissionen mod Irland.* Hvor der ikke var indgået en skriftlig aftale, men hvor Kommissionen anførte, at Traktatens principper skulle iagttages. Sagen blev dog afvist, da Kommissionen ikke kunne løfte bevisbyrden. Se Adrian Brown, »*The Commission Loses another Action against Ireland Owing to Lack of Evidence: A Note on Case C-532/03 Commission v Ireland*« PPLR, 2008, NA92.

Skriftligt defineres i udbudsdirektivet som »Ethvert udtryk bestående af ord eller tal, som kan læses, reproduceres og derefter videresendes, herunder informationer overført og lagret ved hjælp af elektroniske midler.«[23] Hvornår noget er skriftligt er der næppe tvivl om,[24] og lovbemærkningerne indeholder heller ikke uddybende kommentarer til, hvad der skal forstås ved skriftlighed.

Udbudsloven og 2014-udbudsdirektivet stiller flere steder desuden specifikt krav om skriftlighed, som f.eks., at tilbud skal fremsendes skriftligt, at ordregiveren skriftligt skal anmode de prækvalificerede om at afgive tilbud, underretning om en række beslutninger undervejs i udbudsprocessen skal ske skriftligt m.v.

2.3. Ordregiveren skal foretage en anskaffelse

En offentlig kontrakts gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed, som har indgået en offentlig kontrakt, modtager en ydelse/anskaffelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå.[25] Anskaffelsen skal i den forbindelse vedrøre enten udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser. Det er uden betydning, om en anskaffelse sker som et køb, leasing eller i anden kontraktmæssig form.[26]

Det er ligegyldigt, hvorfor ordregiver vil foretage en anskaffelse, samt om anskaffelsen er i almenhedens interesse eller beregnet til offentligt formål. Afgørende er alene om der er tale om en anskaffelse.[27] Det behøver ikke være en anskaffelse direkte til ordregiveren selv, men der kan f.eks. være tale om en serviceydelse til borgere, som f.eks. renovation. I den forbindelse har EU-Domstolen slået fast, at ordregiveren skal have en *direkte økonomisk interesse* i udførelsen af ydelsen – f.eks. i form af ejerskab eller at ordregi-

23. Udbudsloven § 24, stk. 1, nr. 32, se også udbudsdirektivet artikel 2, nr. 18.
24. I C-197/11, *Libert*, anfører EU-Domstolen dog, at den belgiske domstol, der stillede EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, ser ud til at være i tvivl om kravet om skriftlighed er opfyldt, henset til, at der i sagen var tale om et socialt pålæg, der bestod i opførelse af sociale boliger, hvilket reelt set ikke er genstand for en kontrakt mellem myndigheden og den pågældende økonomiske aktør. Det sociale pålæg er nemlig pålagt bygherrer og grundejere direkte ved det flamske dekret og finder anvendelse over for dem alene på grund af den omstændighed, at de ejer arealer, for hvilke de har ansøgt om bygge- eller udstykningstilladelse, se pr. 111.
25. Jf. bl.a. C-451/08, *Helmut Müller*, pr. 48. Se også C-399/98, *Ordine*, pr. 77, og C-220/05, *Auroux*, pr. 45.
26. Jf. Udbudsdirektivet betragtning 3.
27. C-126/03, *Kommissionen mod Tyskland*, pr. 18 og C-44/96, *Mannesmann*, pr. 31 og pr. 32.

veren frigøres for en administrativ forpligtelse, som påhviler myndigheden efter lovgivningen.

2.3.1. EU-Domstolens praksis

I EU-Domstolens afgørelse i *Helmut Müller,*[28] var spørgsmålet, hvorvidt det daværende udbudsdirektiv fandt anvendelse ved salget af en offentlig grund (offentlig kasserne), hvorpå der i den nærmeste fremtid skulle foretages bebyggelser af byplanlægningshensyn. Indledningsvist præciserede EU-Domstolen, at et salg af en grund ikke var omfattet af udbudsdirektivet.[29] For at der er tale om en offentlig kontrakt, er det afgørende, at ordregiver modtager en ydelse, og at »En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en *økonomisk fordel.*«[30] [Min fremhævning]. En sådan økonomisk fordel kan f.eks. foreligge, når ordregiveren bliver ejer af det pågældende arbejde, men dette er ikke i sig selv afgørende. Domstolen udtalte »Denne økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten. En sådan økonomisk interesse kan ligeledes konstateres, hvis det er bestemt, at den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer den rådighed over det arbejde, der er genstand for bygge- og anlægskontrakten, henset til dets offentlige anvendelse.«[31] Og den økonomiske interesse kan også ligge i »...de økonomiske fordele, som den ordregivende myndighed kan drage af anvendelsen eller den fremtidige afståelse af bygge- og anlægsarbejderne, på grund af dennes økonomiske deltagelse i deres gennemførelse eller i de risici, som den bærer i tilfælde af arbejdets økonomiske fiasko« [32] Derimod har den »blotte udøvelse af regulerede virsomhed på området for byplanlægning, (...), imidlertid ikke til formål at modtage en kontraktmæssig ydelse eller at forfølge den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse (..).«[33] Hvorfor der ikke var tale om en offentlig kontrakt, og endvidere var der ikke en koncessionsaftale.[34]

Tre måneder efter afgørelsen i *Helmut Müller* kom EU-Domstolen med yderligere bidrag til fortolkningen af begrebet gensidig bebyrdende kontrak-

28. C-451/98, *Helmut Müller.*
29. C-451/98, *Helmut Müller,* pr. 41.
30. C-451/98, *Helmut Müller,* pr. 49.
31. C-451/98, *Helmut Müller,* pr. 50-51.
32. C-451/98, *Helmut Müller,* pr. 53.
33. C-451/98, *Helmut Müller,* pr. 57.
34. C-451/98, *Helmut Müller,* pr. 68 samt pr. 70 ff.

ter i sagen *Kommissionen mod Tyskland*.[35] I sagen præciserede Domstolen, at der skulle være tale om en *direkte* økonomisk interesse.[36] Sagen omhandlede en række tyske kommuner, der ifølge tysk lovgivning skulle sikre, at kommunalt ansatte arbejdstagere modtog arbejdsmarkedspension. Kommunerne kunne dog vælge at lade private pensionsselskaber gennemføre pensionsydelserne. EU-Domstolen fandt, at overladelse til private pensionsselskaber ikke fritog kommunerne fra deres ansvar i henhold til lovgivningen, men kommunerne var forpligtet til at udbyde pensionsordningerne, og at der var tale om en gensidig bebyrdende aftale henset til, at kommunen som arbejdsgiver forhandler indholdet af en gruppeforsikringsaftale med et forsikringsselskab, hvis ydelser giver kommunen mulighed for at varetage sin forpligtelse til korrekt at udføre denne form for lønudbetaling. Selskabet frigør kommunen for denne foranstaltning. På grundlag af en sådan aftale indbetaler kommunen de bidrag, der er indeholdt i lønnen, til selskabet, og opnår til gengæld de tjenesteydelser, der var en del af dens forpligtelse til at sørge for tildeling af pensionsydelserne til fordel for arbejdstagerne. Den omstændighed, at de endelige modtagere af pensionsydelserne er de arbejdstagere, der er tiltrådt den pågældende foranstaltning, kan ikke rejse tvivl om en sådan aftales gensidigt bebyrdende karakter.[37]

EU-Domstolen har således lagt en ganske bred fortolkning af, hvornår der er tale om en anskaffelse. Det kræves således ikke, at ordregiveren selv skal modtage ydelsen, men derimod alene, at ordregiveren har en direkte økonomisk interesse i ydelsen. En sådan økonomisk interesse foreligger naturligt, når ordregiveren også bliver ejer af ydelsen, men kan også foreligge på andre måder. I *Kommissionen mod Tyskland* bestod den økonomiske interesse for kommunerne i at blive fritaget for en administrativ forpligtigelse, som var pålagt dem i henhold til lovgivningen.

2.3.2. Dansk praksis

Også Klagenævnet for Udbud har i flere afgørelser taget stilling til kravene til, hvornår der foreligger en offentlig kontrakt, herunder kravet om at der skal foreligge en anskaffelse. Særligt de situationer, hvor borgeren har et frit valg af leverandør,[38] har ført til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en

35. C-271/08, *Kommissionen mod Tyskland*.
36. C-271/08, *Kommissionen mod Tyskland*, pr. 75.
37. C-271/08, *Kommissionen mod Tyskland*, pr. 78-80.
38. Fritvalgsordninger er en bred betegnelse for forskellige muligheder, som borgerne er givet til at vælge mellem forskellige udbydere af offentlige ydelser, og sådanne ordninger findes f.eks. i den sociale servicelov.

offentlig kontrakt omfattet af udbudsreglerne, når kommunerne indgår disse aftaler med leverandørerne.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har f.eks. fundet i en vejledende udtalelse fra 2012,[39] at indkøb af arm- og benproteser omfattet af den såkaldte »fritvalgsordning«, jf. den sociale servicelovs § 112, stk. 3 om levering af personlige hjælpemidler, ikke har direkte økonomisk interesse for kommunerne, da det er borgerne, som begunstiges af aftalerne. Aftalerne indgås af borgerne, og dette sker ikke på kommunernes vegne, idet kommunerne ikke i henhold til serviceloven er forpligtet til at stille personlige hjælpemidler til rådighed for borgerne, men alene at yde økonomisk støtte til indkøb heraf. Aftalerne har derfor ikke til formål at fritage kommunerne for en forpligtelse, som de er pålagt efter lovgivningen. Sådanne aftaler er ikke at betragte som gensidigt bebyrdende i udbudsdirektivets forstand, og skal derfor ikke udbydes i overensstemmelse med udbudsreglerne. I kendelse af 21. august 2013, *Bandagist-Centret A/S mod Haderslev kommune*, kom Klagenævnet for Udbud til samme konklusion. Klagenævnet tog først stilling til, om kommunen blev ejer af arm- og benproteserne, hvilket ikke var tilfældet. Dernæst fandt Klagenævnet, at »Der er for det andet ikke holdepunkter for at antage, at kommunerne i øvrigt skulle have en direkte økonomisk interesse i de indkøbte proteser, der alene anvendes af borgerne«. Henset til, at kommunen ikke havde pligt til at stille ydelserne til rådighed for borgerne, i modsætning til, hvad der var tilfældet i sagen *Kommissionen mod Tyskland*,[40] blev kommunen ikke frigjort fra nogen forpligtelse. Herefter konkluderende Klagenævnet, at »Da de indklagede således ikke modtager en ydelse, som de har en direkte økonomisk interesse i, kan den betaling, som kommunerne foretager, heller ikke anses for en modydelse for en sådan ydelse. Det kan endvidere ikke lægges til grund, at kommunerne skulle være forpligtet af de konkrete købsaftaler – heller ikke til at betale en modydelse for de proteser, som borgerne har indkøbt.« Aftalens umiddelbare parter er dermed borgeren på den ene side og leverandøren på den anden side, og mellem kommunerne og den leverandør, som borgeren har valgt. Efter klagenævnets opfattelse har kommunernes betaling til leverandørerne alene karakter af udbetaling af den offentlige støtte, som kommunen på forhånd har bevilget borgeren i henhold til den sociale lovgivning (der endvidere ikke skulle betragtes som en modydelse, jf. nedenfor afsnit 2.4).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en anden vejledende udtalelse om servicelovens § 112, også fra 2012, fundet, at det er styrelsens opfattelse,

39. Se vejledende udtalelse "Indkøb af arm- og benproteser uden forudgående udbud«, Jr. nr. 4/0420-0100-0297.
40. C-271/08, *Kommissionen mod Tyskland.*

at der er tale om, at ordregiver modtager en ydelse henset til, at det i henhold til de leverandøraftaler, som kommunerne indgår med eksterne leverandører om levering af personlige hjælpemidler efter serviceloven, er kommunerne, som indkøber de personlige hjælpemidler, og at kommuner herefter yder hjælpemidlerne som naturalhjælp eller udlån til borgerne i kommunerne, hvorefter betingelsen om, at ordregiver skal modtage en ydelse, må anses for opfyldt i forhold til de leverandøraftaler, som kommunerne indgår med eksterne leverandører efter serviceloven.[41] Forskellen på de to situationer må formentlig være, at i den første sag ville der for hver enkelt kontrakt om levering af proteser blive indhentet tilbud fra to tilbudsgivere, som stod anført på en liste over godkendte leverandører, og at kontrakten som udgangspunkt tildeles det af de to tilbud, som vurderes at være »det bedste og billigste egnede«. I den anden vil der blive indgået en leverandøraftale, og såfremt borgeren ikke ønsker den leverandør, som kommunen har indgået aftale med, kan der vælges en anden leverandør, men kun således at borgeren modtager samme støttebeløb, som hvis borgeren havde valgt den leverandør, som kommunen havde indgået aftale med. I denne situation lagde styrelsen til grund, at »... det i henhold til de leverandøraftaler, som kommunerne indgår med eksterne leverandører om levering af personlige hjælpemidler efter serviceloven, er kommunerne, som indkøber de personlige hjælpemidler, og at kommunerne herefter yder hjælpemidlerne som naturalhjælp eller udlån til borgerne i kommunerne.« Dermed var der tale om en anskaffelse i udbudsdirektivets forstand, der dermed skulle følge udbudsreglerne.

I kendelse af 16. december 2014, *Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune*, havde kommunen udbudt en rammeaftale som offentligt udbud efter udbudsdirektivet om handicapbiler og indretningen heraf. Efter servicelovens § 114 skal en kommune yde støtte i form af et rentefrit lån til køb af biler til personer med en varig nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne, og det fremgik af udbudsbetingelserne, at »støtte til køb af bil/bus bevilges efter servicelovens § 114 og ydes som et rentefrit lån, som ansøgeren kan anvende i henhold til reglerne i bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter servicelovens § 114. Dvs. at borgeren er frit stillet til at vælge anden leverandør mod selv at betale evt. merudgift«. Dermed er det op til de støt-

41. Jf. vejledende udtalelse om leverandøraftaler efter servicelovens § 112 er udbudspligtige, 4. september 2012, der kan findes på http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Regler-og-vejledninger-mm/Vejledende-udtalelser/Klager-og-vejledende-udtalelser-2012/Vejledende-udtalelse-om-leverandoeraftaler-efter-servicelovens-paragraf-112-er-udbudspligtige . Styrelsen fandt også, at betingelsen om, at der blev erlagt en modydelse, var omfattet, hvorfor der var tale om en offentlig kontrakt.

teberettigede borgere at indgå konkrete aftaler om køb af en bil, hvorefter det er borgeren selv, og ikke kommunen, der er ejer af bilen. Klagenævnet fandt, at der ikke var grundlag for at fastslå, at kommunen ved købet skulle blive frigjort fra andre forpligtelser end netop pligten til at yde støtte på den foreskrevne måde.

Sammenfattende om fritvalgsafgørelserne kan det formentlig konkluderes, at kun i det tilfælde, hvor kommunen frigøres for en administrativ forpligtigelse af en art, vil det kunne siges, at kommunen har en direkte økonomisk interesse i sagen. Hvor der i virkeligheden er tale om, at kommunen blot yder støtte til en ydelse, f.eks. et rentefrit lån, eller tilskud, og aftalerne indgås af borgerne, vil der ikke være tale om, at ordregiveren har en økonomisk fordel og dermed en ydelse. Klagenævnets praksis indebærer, at når det er borgeren, der køber produktet (uanset støtte), og borgeren der bliver ejer af produktet, så er der ikke tale om en gensidig bebyrdende aftale, i hvert fald i de tilfælde, hvor ordregiver ikke er forpligtiget til at stille en ydelse til rådighed.

En anden situation, hvor Klagenævnet skulle vurdere, om der var indgået en offentlig kontrakt, var i relation til skorstensfejning i kommunerne. Det var i mange år uafklaret – og omdiskuteret – om kommuners aftaler med skorstensfejere om udførelse af lovpligtig skorstensfejning i private husstande var en udbudspligtig ydelse. En stor del af kommunerne undlod derfor at udbyde deres skorstensfejeraftaler. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var af den opfattelse, at ydelsen var udbudspligtig og indbragte derfor Frederiksberg Kommune for Klagenævnet for Udbud.[42]

Frederiksberg Kommune havde siden 1995 haft en aftale med Frederiksberg Skorstensfejervæsen om at udføre lovpligtig skorstensfejning i husstandene i kommunen. Skorstensfejningen koster ca. 2 mio. kr. årligt, som opkræves via ejendomsskattebilletten. I praksis forudbetaler kommunen knap en mio. kr. til skorstensfejeren hvert halve år. Kommunen opkræver gebyret hos borgerne og afregner dette til skorstensfejermesteren med 2 % fradrag til kommunens administration. Opkrævningen hos husejerne sker over ejendomsskattebilletten, hvor gebyret for skorstensfejningen fremgår som en selvstændig post. Klagenævnet fandt, at der ikke var tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Klagenævnet lagde vægt på, at kommunen efter brandværnsbekendtgørelsens § 1, stk. 1, var forpligtet til at tilbyde borgerne i kommunen skorstensfejning, og ikke til at sikre, at skorstensfejning faktisk sker. Denne

42. Styrelsen gjorde samtidig gældende, at der ikke var tale om en koncessionsaftale, hvilket efter styrelsen opfattelse var alternativet til en almindelig udbudspligtig aftale. Klagenævnet tog dog ikke stilling til aftaleforholdets eventuelle kvalificering som koncessionsaftale.

forpligtelse påhvilede den enkelte borger. Klagenævnet fandt på denne baggrund at, kommunen »har således ingen udgifter til ordningen, idet indklagede ikke betaler noget vederlag til Finn Birk Pedersen for hans skorstensfejning hos kommunens borgere. Aftalen indebærer derimod, at indklagede opfylder sin forpligtelse efter brandværnsbekendtgørelsen til at sikre, at husejerne får tilbudt lovpligtig skorstensfejning, og at indklagede modtager betaling for sin ydelse til Finn Birk Pedersen for opkrævning af gebyrerne hos de enkelte husejere og afregningen heraf. Da det efter det anførte er de enkelte husejere og ikke indklagede, der modtager skorstensfejerydelsen, og da det også er de enkelte husejere, som betaler vederlaget for ydelsen, foreligger der ikke en gensidigt bebyrdende aftale mellem parterne, og aftalen er derfor ikke omfattet af tjenesteydelsesdirektivet.«

Klagenævnet tillagde det således afgørende betydning, at Frederiksberg Kommune efter brandværnsbekendtgørelsen alene er forpligtet til at *tilbyde* sine borgere skorstensfejning. Herved adskiller lovgrundlaget for skorstensfejning sig fra *Kommissionen mod Tyskland*, samt fra andre områder som affaldsindsamling, hvor kommunerne rent faktisk er forpligtet til at sørge for, at *ydelsen udføres*. Uanset denne forskel kunne man argumentere for, at aftalen mellem kommunen og skorstensfejeren har til formål at fritage kommunen for en forpligtelse pålagt efter lovgivningen, nemlig det, at de skal *tilbyde* skorstensfejning til borgerne, og dermed har kommunen en økonomisk interesse i aftalen, ligesom kommunen også modtager en modydelse fra skorstensfejeren. Udfaldet af Klagenævnets afgørelse kan der således stilles spørgsmålstegn ved.

2.3.3. Om der (fortsat) er krav om direkte økonomisk interesse

EU-Domstolens praksis, omtalt ovenfor, indebærer, at den anskaffelse, der foretages, skal give ordregiveren en direkte økonomisk fordel. I 2014-udbudsdirektivet angives i betragtning 4, at anskaffelse skal forstås i bred forstand, som »...opnåelse af fordelene ved de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, men ikke nødvendigvis med krav om overdragelse af ejendomsretten til de ordregivende myndigheder.« Det angives ikke, at denne fordel skal være af økonomisk karakter. *Roberto Caranta* anfører, med henvisning til betragtning 4, at »Direct economic benefit to the contracting authority is therefore not a requirement for a procurement contract and Muller is no more good law under this respect (if it ever was, which I doubt).[43]

43. Roberto Caranta »Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts« i Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer »*Modernising Public Procurement: The New Directive*« DJØF 2015, se s. 71.

Betragtning 4 skal altså ifølge *Caranta* ses som afstandstagen til EU-Domstolens praksis.

I udbudsdirektivets betragtning 4, angives dog også, at »De mere og mere forskelligartede former for offentlige foranstaltninger har gjort det nødvendigt at præcisere definitionen af selve indkøbsbegrebet; denne præcisering bør dog ikke udvide anvendelsesområdet for dette direktiv sammenlignet med anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF.« Udbudsdirektivets betragtning 4 anfører således også, at der ikke er sket en ændring i rækkevidden af anvendelsesområdet for udbudsdirektivet. Hvilket også støttes af det forhold, at EU lovgiver ikke kan ændre en retsstilling på et område via betragtninger i et direktiv. Betragtninger er ikke en egentlige retskilde i den forstand, at der kan støttes selvstændig ret på dem. EU-Domstolen har f.eks. udtalt, at »betragtninger kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel.«[44] Betragtninger er således ofte et udtryk for et politisk kompromis, og mange gange er de så detaljerede, at de (havde det ikke være fordi de var angivet som betragtninger), rent faktisk burde læses som egentlige retsregler.[45]

Også lovbemærkningerne til udbudsloven anfører, at kravet om direkte økonomisk interesse fortsat er gældende »...Det følger af retspraksis fra EU-Domstolen, at det er et krav, at ordregiveren skal have en direkte økonomisk interesse i den ydelse, som ordregiveren modtager mod ordregiverens vederlag. Bliver ordregiveren ejer af genstanden for kontrakten, vil den økonomiske interesse f.eks. være godtgjort.« I den engelske udgave af definitionen af en offentlig kontrakt, både i det nye og gamle udbudsdirektiv, tales der om »*contracts for pecuniary interest*«, hvilket også indikerer, at der skal være tale om en gensidig bebyrdende aftale af økonomisk interesse.

Det er således min opfattelse, at hverken udbudsdirektivet eller udbudsloven ændrer ved den ovennævnte praksis fra EU-Domstolen, hvilket må indebære, at der fortsat er krav om, at den anskaffelse, ordregiveren foretager, skal indebære en direkte økonomisk fordel for ordregiveren, se også konklusionen afsnit 3 nedenfor.

44. C-215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH*, pr. 31.
45. Steen Treumer kalder denne situation for »provisions in disguise«, se Steen Treumer »*Evolution of the EU Public Procurement Regime*« i Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer »*Modernising Public Procurement: The New Directive*« DJØF 2015, s. 21.

2.4. Modydelse (fra ordregiver)

Den sidste betingelse, der skal være til stede, for at der er tale om en offentlig kontrakt, er, at der sker en betaling for anskaffelsen, som ordregiver modtager. Først her vil der være tale om gensidighed og dermed en offentlig kontrakt. Hvis vederlaget ensidigt erlægges af myndigheden, uden at modtageren skal præstere en modydelse herfor, er der derimod tale om støtte eller tilskud, og aftalen er derfor ikke gensidigt bebyrdende, og dermed omfattet af udbudsdirektivets regler. Består betalingen i retten til at udnytte en ydelse, vil der være tale om en offentlig kontrakt, der klassificeres som en koncessionsaftale.[46]

Kravet om, at der skal være en modydelse, fortolkes bredt af EU-Domstolen. Således har EU-Domstolen bl.a. udtalt, at »Den gensidigt bebyrdende karakter af en kontrakt henviser til den modydelse til entreprenøren, som følge af udførelsen af de arbejder, der er fastlagt af den ordregivende myndighed (...).«[47] Det bliver således afgørende, at ordregiver for at modtage ydelsen også giver en modydelse. Efter EU-Domstolens praksis skal betaling/vederlaget komme direkte fra den ordregivende myndighed til tjenesteyderen.[48] Det er derimod ikke afgørende, om ordregiver selv bærer den endelige udgift, eller om ordregiver overvælter udgiften på borgerne gennem opkrævning af skatter, afgifter eller gebyrer.[49] I sidstnævnte tilfælde vil der efter EU-Domstolens praksis også være tale om en gensidigt bebyrdende aftale, når blot betalingen til tjenesteyderen stammer direkte fra ordregiver, og denne har en direkte økonomisk interesse i udførelsen af ydelsen. Også de tilfælde, hvor der er tale om godtgørelse af udgifter, indebærer en modydelse jf. bl.a. *Spezzino*.[50]

I langt de fleste tilfælde vil ordregiver betale for en ydelse, og betalingens størrelse vil være det beløb, som tilbudsgiveren i sin tid bød på opgaven med. Spørgsmålet, om der er tale om en offentlig kontrakt, når virksomheden

46. Nærmere om koncessioner se Carina Risvig Hamer »Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive«, DJØF 2012, Michael Steinicke, »Regulation of concessions – a new territory for the Public Procurement Directives«, UrT, 2014 nr. 1, Albert Sanchez Graells, »What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance? « (2012) EPPPLRev, 2012, s. 94, Richard Craven, EU's 2014 Concessions Directive, PPLR, 2014.
47. *Auroux*, pr. 45. Se også C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl.*, pr. 77
48. Jf. bl.a. C-458/03, *Parking Brixen*, pr. 39, hvor EU-Domstolen udtalte »... *at en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktivets forstand indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen.*« Se også C-382/05, *Kommissionen mod Italien*, pr. 33 samt C-206/08, Eurowasser (Gotha), pr. 51.
49. Se f.eks. C-399/98, *Ordine degli Architetti*, pr. 76-86.
50. C-113/13, *Spezzino*, Se også C-399/98, *Ordine degli Architetti*, hvor der var tale om afvikling af gæld, der også blev anset for at være en modydelse.

slet ikke har indflydelse på beløbets størrelse, har været oppe at vende i flere sager ved EU-Domstolen, og selv i de tilfælde, hvor ordregiver blot godtgør udgifter, vil der også være tale om en offentlig kontrakt.[51]

Det kan være vanskeligt at vurdere, om et givet beløb udgør vederlag for udførelsen af en opgave (udbudspligt) eller et ensidigt tilskud (ikke udbudspligt), særligt hvor tilskuddet er betinget af, at modtageren anvender tilskuddet til et bestemt formål. I *Cambridge*[52] har EU-Domstolen taget stilling til, hvornår en økonomisk ydelse, der erlægges af en ordregivende myndighed, må anses for at udgøre henholdsvis ensidigt tilskud hhv. betaling for udførelse af en kontraktbestemt ydelse. Således er betalinger (...), som består af stipendier eller tilskud, der betales til støtte for forskningsarbejde, finansiering, mens beløb, der betales af en eller flere ordregivende myndigheder, udgør modydelsen for universitetets kontraktbestemte ydelser, for udførelse af bestemte forskningsarbejder eller tilrettelæggelse af seminarer eller konferencer.[53]

3. Konklusion

At det kan være svært at vurdere, hvornår der er tale om en offentlig kontrakt kan ses af ovenstående behandling af udbudsdirektivets definition og praksis fra hhv. EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud. Det nye udbudsdirektiv ændrer ikke på definitionen af en offentlig kontrakt, der således stadig skal ses i lyset af EU-Domstolens praksis.

Betingelsen om direkte økonomisk interesse giver udbudsdirektivet et bredt anvendelsesområde, fremfor hvis ordregiverens anskaffelse skulle ses som ejerskab til ydelsen alene, eller som krav om at anskaffelsen skal ske til ordregiveren selv. Et bredt anvendelsesområde er i overensstemmelse med udbudsreglernes formål, der bl.a. er, at »... fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i

51. Jf. C-113/13, *Spezzino*, pr. 37 »...(...) En kontrakt kan nemlig ikke falde uden for begrebet offentlig kontrakt alene på grund af, at vederlaget er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse«. Se også C-159/11, *Lecce*, pr. 29.
52. C-380/98, *University of Cambridge*. Sagen vedrører, hvornår der er tale om et offentligretligt organ.
53. Jf. C-380/98, *University of Cambridge*, pr. 22-24.

en anden medlemsstat.« samt at »sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater«.[54]

Samlet antages det også, at EU-Domstolen vil fortsætte sin praksis om, at for at der er tale om en offentlig kontrakt, skal ordregiver have en direkte økonomisk interesse i en anskaffelse.

54. Jf. C-237/99, *Kommissionen mod Frankrig*, pr. 41 samt C-454/06, *Pressetext*, pr. 31. Se også Kommissionens Explanatory Memorandum til det første forslag til et bygge- og anlægsdirektiv (Supplement to Bulletin of the European Economic Community No 9/10, 1964/12), hvor Kommissionen angiver, at formålet er, at »... *remove restrictions on freedom of establishment and freedom to supply services for the benefit of public works contractors*«.

Krigsretten i moderne krige

Af Frederik Harhoff

Krige føres ikke længere på samme måde, som dengang reglerne om krig blev skabt. I mange af nutidens krige er de stridende parter for det første ikke længere sammenlignelige i henseende til styrke og størrelse. For det andet kan visse af deres nye våbentyper gøre det umuligt for modparten at handle i selvforsvar; herved sættes ikke blot en af krigsrettens vigtigste grundsætninger – retten til selvforsvar – ud af spil, men den moderne krigsførelse har i bredere forstand skabt tvivl om krigsrettens evne til at opfange de nye former for krig og våben. Denne tvivl skaber usikkerhed om retstilstanden i tider, hvor behovet for at få en afklaring er ligefrem proportional med den risiko, vore udsendte soldater løber under træfninger med irregulære styrker i internationale missioner. Tvivlen er betydelig, fordi konsekvenserne af de valg, vi træffer i forsøgene på at skabe større klarhed, kan vise sig at gøre det hele meget værre. Det overordnede valg står mellem følgende to muligheder, der i forskellige varianter støttes af henholdsvis USA og Det Internationale Røde Kors (ICRC):

enten skal vi acceptere, at vi har nået grænserne for de krigsretlige reglers rækkevidde og derfor må begynde at udvikle helt nye regler; denne mulighed indebærer imidlertid en risiko for, at hele det krigsretlige regelkompleks bryder sammen;

eller også skal vi beslutte, at vi i virkeligheden står os bedre ved at holde fast i de humanitære principper og hele det regelsæt, der med møje og besvær gennem mere end 100 år omsider har vundet globalt fodfæste og som med god vilje faktisk kan opfange langt de fleste af de problemer, som nye metoder og våben i krig frembyder; dette alternativ indebærer imidlertid en risiko for, at tilliden til de eksisterende regler begynder at smuldre.

Sandt er det, at krigsretten hovedsagelig har udviklet sig på grundlag af traditionelle krigsmåder, som vi kendte dem i de forrige århundreder, hvor stater inden for en geografisk afgrænset krigszone kæmpede mod hinanden til lands og til vands med hære og flåder og fly og våben, der forvoldte død og ødelæggelse ved fysisk træfning; selvom parterne selvsagt aldrig var lige stærkt udrustet, var de dog alligevel ligestillede i den forstand, at de kunne

anvende omtrent de samme midler, de samme våben og de samme metoder for at bekæmpe hinanden. Men sådan er det ikke helt længere; nu er langt de fleste krige meget mere komplekse end de traditionelle krige mellem stater, ikke mindst fordi de fleste krige i dag udkæmpes som borgerkrige, hvorom der undervejs også har udviklet sig særlige regler. Disse normer er imidlertid i alt væsentligt fortsat centreret om fysiske kamphandlinger mellem væbnede styrker, der under ansvarlig kommando har taget en sådan kontrol over en del af statens territorium, at de kan gennemføre vedholdende og samlede militære operationer; oprørsstyrkerne skal således efter disse regler *ligne statens egne styrker*. Herudover indskrænker de krigsretlige regler om borgerkrige sig hovedsageligt til at foreskrive, at parterne skal behandle hinanden humant og at personer, der ikke deltager aktivt i fjendtlighederne, ikke må udsættes for vold, tortur og ydmygende behandling og ikke må tages som gidsler og i øvrigt har ret til en retfærdig rettergang.

Krigsretten, eller med det mere moderne udtryk *den humanitære folkeret*, er et gammelt og velkendt regelsæt, der stammer fra så langt tilbage i tiden, at ingen længere rigtig husker, hvornår og hvorfor det blev formuleret i sprog og regler. Så tidligt som omkring år 1400 f.Kr. har vi vidnesbyrd om ægyptiske regler, der angik behandlingen af modstandernes krigsfanger[1], og det hinduistiske skrift *Mahabharata* fra ca. år 200 f.Kr. foreskrev bl.a., og med stor visdom, at »a *King should never do such an injury to his foe as would rankle the latter's heart*«, hvorefter det fortsatte med at indskærpe, at »*one should cease fighting when an opponent becomes disabled; that wounded men and persons who surrender should not be killed, noncombatants should not be engaged in combat; and places of public worship should not be molested.*«[2] *Mahabharata* forbød endvidere »*the killing of those suffering from any natural, physical or mental incapacity; he is no son of the Vrishni race who slayeth a woman, a boy or an old man.*«[3] – Senere, omkring det 7. århundrede e.Kr., havde disse tanker også spredt sig til den islamiske verden, hvor bl.a. kaliffen i Baghdad Abu Bakr befalede sine styrker, at: »*(L)et there be no perfidi, no falsehood in your treaties with the enemy, be faithful to all things, proving yourselves upright and noble and maintaining your word and promises truly.*«[4] Selvom vi også kender regler fra oldtiden om retten til at fornægte livet for de vantro, er der således ikke tvivl om, at der fra tidernes morgen har været gjort oprigtige forsøg på at humanisere og

1. Omtalt af *Jean Pictet*, »Development and Principles of International Humanitarian Law«; Kluwer 1985, side 7-8.
2. Se *Gary D. Solis*, »The Law of Armed Conflict«; Cambridge University Press 2010, side 4.
3. Citeret fra *Leslie C. Green*, »The Contemporary Law of Armed Conflict«; Manchester University Press 2000, s. 21.
4. *Samme*, side 22.

værdiggøre krigen, og flere af de her nævnte eksempler minder påfaldende meget om de regler, der gælder i dag.[5]

Krigsrettens regler og forbud er utvivlsomt blevet overtrådt hver eneste dag i hver eneste krig gennem alle tider, og det har derfor altid været fristende at indtage det standpunkt, at reglerne er uden praktisk betydning, fordi de alligevel ikke overholdes, og forbryderne aldrig bliver straffet. Dette er imidlertid en forsimplet opfattelse. Nutidens etablering af internationale straffedomstole, der har afsagt langvarige fængselsdomme over krigsforbrydere, viser særdeles håndgribeligt, at krigsretten er både praktisk og retligt relevant; der bliver placeret et individuelt ansvar, og ofrenes lidelser hengår ikke i glemslen. Selv i et militært perspektiv anses krigens love for at have en gunstig indflydelse på kampens udfald, for militære ledere har til alle tider gjort den vigtige empiriske erfaring, at deres væbnede styrker kæmper bedre med større disciplin, orden, moral og militært fokus, hvis de selv overholder reglerne og gør det i tillid til, at modparten gør det samme; i modsat fald bliver krigen blot det rene barbari med vanvittige panikhandlinger, der ophæver al menneskelig værdighed.[6] Krigsretten *forhindrer* ikke krigsforbrydelser (så lidt som straffeloven forhindrer manddrab), men den kan tage toppen af den værste galskab under væbnede konflikter, og den bidrager trods alt til at komme straffriheden til livs.

I dag fremstår krigsretten som skrevne folkeretlige retskilder i traktatform opdelt i to kategorier om henholdsvis regler, der skal forhindre, at krigen bryder ud (jus ad Bellum) og regler, der finder anvendelse på krigshandlingerne, når krigen er brudt ud (jus in Bello).[7] Sidstnævnte regelsæt er yderligere underopdelt i to kategorier om henholdsvis regler om selve krigens førelse og parternes valg af midler og metoder under væbnet konflikt (»Haag-reglerne«),[8] og de regler, der har til formål at beskytte krigens ofre, herunder syge og sårede soldater, krigsfanger og civile (»Genève-reglerne«).[9] Dertil knytter sig

5. Se fx Tillægsprotokol 1, art. 37: »Det er forbudt at dræbe, såre eller tage en modstander til fange ved brug af perfidi (svig).«
6. Se *Gary D. Solis*, a. st., side 8.
7. Se fx *Gary Solis*, »The Laws of Armed Conflict«, Cambridge University Press, 2010
8. Se de 13 Haag-konventioner fra 1907, inklusive Landkrigsreglementet, der er et bilag til den 4. Konvention, og som stadig er gældende. Her finder vi bl.a. reglen i art. 22 om, at »De krigsførende har ikke ubegrænset frihed i valget af midler til at skade fjenden.« Reglen genfindes i TP1, art. 35.
9. *Genève-konventionerne* af 12. august 1949 til (1) forbedring af såredes og syges vilkår i de væbnede styrker i felten; (2) forbedring af såredes, syges og skibbrudnes vilkår i de væbnede styrker på søen; (3) om behandling af krigsfanger; og (4) beskyttelse af civile personer i krigstid. Hertil knytter sig *Tillægsprotokol 1* af 18. juni 1977 til Genève-konventionerne af 12. august vedrørende beskyttelsen af ofre

en lang række folkeretlige sædvaner om både internationale og ikke-internationale væbnede konflikter, der senest er samlet og nedskrevet i ICRC's omfattende Sædvaneretsstudie fra 2005.[10] Mange af disse sædvaneretlige regler genfindes i de omtalte konventioner – både Haag og Genève-reglerne, men folkeretlige sædvaner er som udgangspunkt bindende for *alle* stater, uanset om de har ratificeret de pågældende konventioner eller ej. Sædvaneretsstudiet har dog været genstand for kritik fra en række stater, ikke mindst fra stormagterne, for at være for vidtrækkende i den forstand, at den har medtaget sædvaneretlige regler, som de pågældende stater vedvarende har hævdet, at de ikke anser sig for at være forpligtet af, og som de derfor ikke kan anerkende som folkeretlige sædvaner.

1. Problemstillingen: nye metoder og nye midler

Nutidens krige – eller i hvert fald nogle af dem, herunder de såkaldte »asymmetriske krige« og »hybride krige« og de internationale terrorhandlinger taget under ét – synes nu i flere henseender at antage former, der afviger kendeligt fra principperne bag de traditionelle måder at føre krig på.[11] Det gælder især de følgende fire principper:

Distinktion. Det har altid været et fast grundprincip i den humanitære folkeret, at parterne havde pligt til at skelne mellem civile og militære mål og aldrig måtte gøre de førstnævnte til genstand for angreb (*distinktion*), men dette princip anerkendes efterhånden ikke længere i de moderne krige; de stridende parter angriber bevidst civile mål for at terrorisere civilbefolkningen;

Identifikation. Tilsvarende har mange ikke-statslige oprørsgrupper haft held til at usynliggøre sig selv som fjende, hvilket har kompromitteret det traditionelle krigsretlige princip om at skille sig ud fra civilbefolkningen under kamphandlingerne og slører bevidst forskellene mellem kombattanter og civile for at gøre det svært for modparten at foretage modangreb;

Demarkation. Mange moderne borgerkrige føres heller ikke længere inden for et afgrænset territorium, men foregår alle mulige steder langt fra den oprindelige krigsskueplads, »*the war theater*«, hvor modparten mindst venter

i internationale væbnede konflikter og *Tillægsprotokol 2* af samme dato vedrørende beskyttelsen af ofre i ikke-internationale væbnede konflikter.

10. Se *ICRC's sædvaneretsstudie*, »Customary International Humanitarian Law«; Cambridge University Press, 2005.

11. Et aktuelt eksempel herpå er det seneste terrorangreb i november 2015 mod 7 restauranter i Paris, hvor ca. 130 personer omkom, angiveligt som reaktion på Frankrigs flyangreb mod IS-stillinger i Syrien.

det, og herved er det gamle princip om territorial begrænsning af krigshandlingerne ophævet;

Determination. Endelig er de stridende parter begyndt at anvende nye elektroniske våbentyper som fx cybervåben, der nok i den sidste ende udløser fysisk ødelæggelse, men som ikke fremføres kinetisk og derfor kun meget vanskeligt kan spores. Herved bliver det meget vanskeligt at benytte sig af retten til selvforsvar.

Da en stor del af de eksisterende krigsretlige regler i alt væsentligt er baseret på disse fire principper, er vi i dag stillet over for den udfordring, at en irregulær krigsførelse, der helt er løsrevet herfra, ikke eller kun vanskeligt kan reguleres efter de eksisterende regler. Som vi skal se neden for, vil de fleste af sådanne irregulære fjendtligheder have den virkning, at det i nogle tilfælde bliver meget vanskeligt at anvende den humanitære folkeret, og netop heri ligger problemet: kan hybride og asymmetriske krige – som *krigsmetoder* – overhovedet rummes i den humanitære folkeret, og kan angreb med fx cyber – som *krigsmidler* – besvares som selvforsvar, hvis man ikke kan identificere afsenderen?

Problemstillingen i denne artikel er således først og fremmest at undersøge, om de eksisterende krigsretlige regler kan rumme de nye typer midler og metoder i krigsførelsen og dernæst – i benægtende fald – hvilke regler der da kan eller skal udvikles.

2. Krigsrettens hovedtræk

For at forstå problemstillingen korrekt er det nyttigt at opridse indholdet af de fire ovennævnte principper. Forinden vil det dog være hensigtsmæssigt at redegøre kort for, hvad der nærmere skal forstås ved udtrykket »krig«

2.1. Krig

»*Krig*« er ikke et særlig velegnet retligt begreb, for det udløser forskellige regler i forskellige sammenhænge, og begrebet er fortsat uklart næsten uanset hvilken sammenhæng, det indgår i. Oprindelig var krig et anliggende mellem fyrster og senere mellem stater, hvis styrker anvendte væbnet magt mod en *anden* fyrstes eller stats væbnede styrker på ét af de krigsførende parters territorium – uanset formålet med magtanvendelsen; krig var med andre ord et stat-mod-stat anliggende og blev i denne betydning genstand for den regulering, som eksemplerne oven for har vist. Borgerkrige var derimod oprindelig et indre anliggende uden adgang for andre fyrster/stater til at blande sig og som derfor i det væsentlige forblev ureguleret – medmindre borgerkrigen di-

rekte involverede andre staters interesser eller bredte sig ud over grænserne til andre stater. Dette har imidlertid ændret sig, og borgerkrige er i dag også genstand for en vis international regulering. Problemet er blot, at de regler, der nu gælder i borgerkrige, er delvis forskellige fra dem, der gælder i internationale krige. Det kommer jeg tilbage til.

Helt frem til 2. Verdenskrig var det tillige kutyme, at staterne officielt erklærede krig mod hinanden; krigen ansås således ikke for indledt, førend der forelå en krigserklæring, hvilket bl.a. medførte en ret høj tærskel for, hvornår der ansås at være indtrådt en krigstilstand. Denne formalitet med krigserklæringerne forsvandt med efterkrigstidens øgede antal borgerkrige og de begyndende oprør i kolonierne, og man har siden brugt udtrykket »*væbnet konflikt*«, der blev indført med Genève-konventionerne fra 1949, og nu anvendes i alle internationale sammenhænge. Væbnet konflikt forstås herefter i retlig betydning som *enhver anvendelse af væbnet magt mellem to eller flere staters væbnede styrker, eller vedvarende anvendelse af væbnet magt mellem regeringsstyrker og organiserede grupper, eller mellem sådanne grupper indbyrdes, på en stats territorium indtil kamphandlingerne er standset og der er opnået en fredelig løsning.*[12]

Den sidste del af denne juridiske bestemmelse af, hvornår der foreligger en intern væbnet konflikt med deltagelse af ikke-statslige styrker, har imidlertid den åbenlyse svaghed, at det fortsat er uklart, *hvor omfattende* kamphandlingerne mod eller mellem væbnede grupper skal være for at opfylde kravet om »vedvarende anvendelse af væbnet magt«? Her kan den politologiske afgrænsning være til nogen hjælp, idet der her ikke lægges så meget vægt på kamphandlingernes intensitet og varighed, men snarere på det *formål*, hvormed kampene føres eller på den *sammenhæng*, hvori kamphandlingerne indgår. Således forstås krigens væsen eller logik i politologien groft sagt *enten* som en væbnet duel mellem to parter, der begge har det formål at vinde krigen og tvinge modparten til underkastelse,[13] *eller* som magtanvendelse, der indgår som et uafvendeligt led i en uoverskuelig globalisering med en række vidt forskellige aktører, der hver især har vidt forskellige grunde og vidt forskellige midler til at opnå indflydelse, kontrol eller status i religiøst, kulturelt, ideologisk eller økonomisk øjemed; her passer de normale rollehavere i krigsførelsen (regeringen, militæret og folket) ikke rigtig ind i billedet, og efter denne forståelse kan krig føres af en lang række andre grunde end blot

12. Se ICTY Appelkammerets kendelse af 2. oktober 1995 i sagen mod Duško Tadić; IT-94-1-A; paragraf 70.
13. Se *Karl von Clausewitz*: »On War«; optrykt af Princeton University Press, 1997, Book VIII, side 333.

at besejre modstanderen.[14] Dette er netop tilfældet med de såkaldte *hybride krige*[15] og de *asymmetriske krige,*[16] der i en kombineret politologisk-juridisk forstand vil kunne anses som »væbnede konflikter«, selvom de ikke nødvendigvis indebærer vedvarende og omfattende magtanvendelse. Uafhængigt af formålet må det imidlertid ud fra en folkeretlig synsvinkel fastholdes, at den humanitære folkeret finder anvendelse, når der er tale om vedvarende anvendelse af væbnet magt mellem statslige regeringsstyrker og organiserede grupper, eller mellem sådanne grupper indbyrdes med den virkning, at forbrydelser kan straffes efter folkeretten.

Det var lidt om krigen som begreb. Lad os herefter se på de fire principper, som krigsretten hviler på.

2.2. Princippet om distinktion

Princippet om distinktion går i korte træk ud på, at de stridende parter – både stater og oprørsgrupper – under anvendelse af væbnet magt *altid har pligt* til at sondre mellem *civile* og *militære* mål og ligeledes skelne i deres angreb mellem *civile personer* og *kombattanter*, dvs. personer, der i kraft af deres stilling, træning og fremtoning har *ret* til at deltage i kamphandlingerne og herunder – lovligt – kan beskyde og dræbe modpartens kombattanter. Det er således aldrig tilladt at rette angreb direkte mod civile personer eller civile mål; dette er klart og utvetydigt fastslået i TP1, art. 48.

Det er imidlertid klart, at det under moderne forhold i de fleste tilfælde vil være umuligt at anvende væbnet magt uden at ramme civile personer og civile bygninger, m.v. og det er derfor ikke i sig selv ulovligt at angribe et lovligt militært mål, selvom der herved også lides civile tab. I så fald skal den angribende part dog gennemføre sit angreb således, at civile tab begrænses mest muligt, fx ved forinden at varsko angrebet eller ved at angribe målet om natten, når der ikke er så mange civile i nærheden. Angrebet må dog ikke gennemføres, hvis de forventede civile tab overstiger den militære fordel, der opnås ved angrebet. Dette følger klart af proportionalitetsprincippet og forsigtighedsprincippet TP1, art. 52-57, der er nært forbundne med distinktionsprincippet.

14. Se fx *Mary Kaldor*: »Inconclusive wars: Is Clausewitz still relevant in these global times?«; i »Global Policy« 2010, Volume 1, issue 3; side 271-81.
15. »*Hybride krige*« er karakteriseret ved at føres med en blanding af konventionelle og irregulære krigsmidler.
16. »*Asymmetriske krige*« er karakteriseret ved at føres mellem ulige parter – typisk en stærk og traditionelt organiseret regulær hær på den ene side og mindre fragmenterede væbnede oprørsgrupper på den anden.

2.3. Princippet om identifikation

Princippet om identifikation indebærer som allerede antydet, at parternes styrker har pligt til at synliggøre sig selv for at kunne skille sig ud fra civilbefolkningen under kamphandlingerne på en sådan måde, at det bliver muligt at undgå at ramme mod civile; dette princip er modstykket til distinktionsprincippet ovf. Oprørskrigeren anses således kun for berettiget til status som kombattant og krigsfange, såfremt hun bærer et synligt tegn (armbind, uniform el. lign.) og åbent viser sit våben.[17] Gør hun ikke det, har hun ikke ret til at nyde krigsfangestatus, men må tåle at blive behandlet som almindelig kriminel efter national ret i det krigsførende land.

Et særligt problem opstår, når medlemmerne af væbnede oprørsstyrker fx optræder som civile om dagen, men som kæmpende om natten; er de da lovlige mål, hvis de bliver genkendt som civile på gaden ved højlys dag? Herom fastslår Tillægsprotokol 1, at civile kun nyder beskyttelse i det omfang, de ikke deltager direkte i fjendtlighederne, hvilket de antages at gøre, hvis de udøver en *kontinuerlig kampfunktion* ved at deltage regelmæssigt i kamphandlingerne, men indimellem er civile; det er den model, der i den krigsretlige terminologi betegnes som »svingdørsmodellen«, hvor oprørssoldaten går ind gennem svingdøren som kriger, der lovligt kan angribes, og straks kommer ud igen som civil, der nu nyder beskyttelse.[18] Den går imidlertid ikke, og den således *kontinuerligt deltagende* oprørskriger vil i så fald være et lovligt militært mål, også hvis vedkommende antræffes i civil uden for kampzonen.[19]

Problemet er imidlertid bredere, for oprørskrigeren er i en borgerkrig stillet anderledes end regeringssoldaten, dersom en sag om lovligheden af deres handlinger indbringes for en national domstol. I så fald vil soldatens drab på oprørskrigeren i en skudveksling mellem de to under borgerkrigen være lovligt efter *national ret,* fordi staten har monopol på magtanvendelse og har ret til at anvende væbnet magt mod personer, der truer statens sikkerhed. Omvendt vil oprørskrigerens drab af soldaten være strafbart som manddrab efter straffelovens § 237 – ovenikøbet med den skærpende omstændighed, at der er tale om mord på en embedsmand i funktion. Straffeloven finder også anvendelse, hvis de i stedet for at dræbe modstanderen tager vedkommende til fange: soldatens anholdelse af krigeren og efterfølgende overladelse af

17. Det kræves endvidere formelt efter artikel 4 i den 3. Genève-konvention, at krigeren skal stå under kommando og handle i overensstemmelse med krigens love, men disse to ekstra betingelser er fraveget efter bestemmelsen i Tillægsprotokol 1, artikel 44, stk.3.
18. Se Artikel 51, stk. 3 I Tillægsprotokol 1.
19. Se ICRC's »Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities«; Genève, 2009.

hende til Politiet vil være lovlig som led i retshåndhævelsen, hvorimod hendes tilfangetagelse af soldaten under kamphandlingerne vil blive bedømt som ulovlig frihedsberøvelse efter straffelovens § 261.

Tænker man sig derimod, at disse tilfælde indbringes for en international straffedomstol med jurisdiktion i den interne væbnede konflikt, vil situationen ændre sig, for i så fald vil både drabene og frihedsberøvelserne blive bedømt som lovlige efter den humanitære folkeret, fordi både soldaten og krigeren er lovlige militære mål, og fordi de ved tilfangetagelse har ret til at nyde status som krigsfanger (med de rettigheder og fordele, der flyder heraf), medmindre de også har begået en krigsforbrydelse, der i så fald kan retsforfølges som sådan.

2.4. Princippet om demarkation

Princippet om begrænsning af krigshandlingerne til de krigsførende landes territorier i internationale væbnede konflikter indebærer, at det ikke er lovligt at føre krigen ind på andre landes territorier; dette ligger implicit i suverænitetsbegrebet og følger direkte af artikel 3, stk. 1 i TP1. For borgerkrige gælder tilsvarende, at krigshandlingerne skal begrænses til det borgerkrigshærgede lands eget territorium, jf. den fælles enslydende artikel 3 i de fire Genèvekonventioner. Herved var der imidlertid ikke rigtig taget højde for den situation, at fjerntliggende lande gik ind og blandede sig i en borgerkrig på en anden stats territorium, således som tilfældet nu er blevet med de nye krige, der føres med deltagelse af stater langt fra konfliktens arnested.[20] Danske og en række andre landes styrker fra andre kontinenter deltager som bekendt i den interne væbnede konflikt i Irak, hvor de kæmper *sammen med* de irakiske styrker, men netop ikke *imod* disse; der er således ikke tale om en *international* væbnet konflikt mellem to eller flere stater. Der hersker ingen tvivl om, at både de danske styrker og de væbnede grupper, som danske styrker kæmper imod i Irak, er underlagt den humanitære folkerets regler om interne væbnede konflikter, men spørgsmålet rejser sig, om disse gruppers angreb mod militære mål i Danmark, Frankrig eller USA – altså langt fra krigsskuepladsen – også er lovlige efter folkeretten? Selvom denne situation som nævnt ikke direkte har været forudset ved formuleringen af bestemmelserne om interne

20. For *internationale* krige gælder dog reglen i TP1, art. 49, hvorefter Protokollen finder anvendelse på alle angreb uanset i hvilket territorium, de gennemføres, herunder det til en stridende part hørende nationale territorium, der er under en modparts kontrol. Men denne regel gælder netop kun i tilfælde, hvor to stater bekriger hinanden, og reglen har til formål at præcisere, at ingen af de involverede stater kan immunisere deres territorier eller dele heraf mod angreb fra den anden stat. Krig mellem to stater involverer således alle dele af begge staters territorium.

væbnede konflikter, synes den krigsretlige logik at tale for, at dette spørgsmål må besvares bekræftende, for det er efter folkeretten ikke ulovligt for de væbnede oprørsgrupper i en intern væbnet konflikt at rette angreb mod de styrker, der bekæmper dem. Danske styrker kan således ikke forvente, at deres angreb mod de væbnede grupper i Irak ikke skulle berette de samme grupper til at foretage angreb mod lovlige militære mål i Danmark – forudsat naturligvis, at et sådant angreb forrettes under iagttagelse af den humanitære folkeret, herunder navnlig, at oprørskrigerne bærer deres våben og et særligt kendetegn synligt. Er disse betingelser opfyldt, vil angrebet på militære mål i Danmark være lovligt – *efter folkeretten*. Denne konstatering udfordrer vores traditionelle forestillinger om krigsførelsen, fordi vi ikke uden videre kan afvise lovligheden af et i øvrigt retmæssigt angreb fra IS eller al-Qaeda i Irak mod lovlige militære mål i Danmark som terrorisme el. lign. Ved at deltage i borgerkrigen i Irak lægger vi os således åbne for oprørsgruppernes lovlige modangreb herhjemme. Dette er også anerkendt i international domspraksis.[21]

Noget andet er så, om de pågældende personer ved deres eventuelle pågribelse her i landet skal anses som kombattanter og i kraft heraf har krav på krigsfangestatus? Svaret på dette spørgsmål er ikke sikkert, men den rigtigste løsning vil formentlig være at afslå en begæring fra de pågældende om kombattant- og krigsfangestatus, såfremt en sådan begæring måtte blive fremsat for en dansk domstol. Dels er de pågældende oprørskrigere formelt set ikke »kombattanter«, fordi de ikke kæmper for eller på vegne af en fremmed stat, som Danmark er i krig med, og dels følger det af de sædvaneretlige regler, at lovligheden af handlinger begået af oprørsgrupper under interne væbnede konflikter skal bedømmes efter national ret, altså efter *dansk ret* i det nævnte eksempel ovf.[22] Hvis medlemmer af IS eller al-Qaeda fra Irak således under behørig iagttagelse af krigsrettens regler og i uniform eller med synligt kendetegn skyder og dræber den danske forsvarschef i København, vil de efter al sandsynlighed blive tiltalt efter straffeloven for manddrab – selvom de gør gældende, at deres handling var en lovlig krigshandling, og at de derfor er straffri og skal behandles som krigsfanger. Men spørgsmålet er prekært, for det fremkalder et tilsvarende spørgsmål om, hvorledes en dansk soldat, der

21. Se ICTY's dom af 12. Juni 2002 i *Kunarac et al.*, IT-96-23A-23.1A, paragraf 57, der bl.a. fastslår, at: »The laws of war apply in the whole territory of the warring states or, in the case of internal armed conflicts, the whole territory under control of a party to the conflict, whether or not actual combat takes place there.. (if).. the acts of the accused are closely related to the armed conflict.«
22. Se Regel 3 i ICRC's sædvaneretsstudie, hvorefter »lovligheden af direkte deltagelse i kamphandlingerne i ikke-internationale væbnede konflikter er reguleret af national ret«.

tages til fange af IS i Irak da kan kræve at blive behandlet? Hvis vi herhjemme ikke vil tilstå IS-krigerne status som krigsfanger efter den humanitære folkeret og derfor retsforfølger de pågældende efter dansk ret, kan vi selvsagt dårligt forvente, at IS vil indtage en anden holdning til behandlingen af den tilfangetagne danske soldat i Irak, der i så fald må tåle at blive bedømt efter irakisk ret eller sharia-lov. Vi står her over for en modsætning i den humanitære folkeret i den forstand, at vi på den ene side må konstatere, at oprørsstyrkernes angreb mod militære mål i Danmark er lovlige efter folkeretten, samtidig med at vi på den anden side fastholder, at angrebet skal bedømmes som ulovligt efter dansk ret.

2.5. Princippet om determination

Retten til anvendelse af væbnet magt i selvforsvar mod et væbnet angreb fra en anden stat er nedlagt i FN-Pagtens artikel 51 og anses som en af hjørnestenene i den del af den humanitære folkeret, der betegnes som *jus ad Bellum*. Væbnet magtanvendelse i selvforsvar kræver imidlertid dels, at vi ved, hvem der har forrettet angrebet mod os, dels at vi er i stand til at svare igen, så længe der fortsat består en trussel mod den internationale fred og sikkerhed – og inden FN's Sikkerhedsråd har overtaget håndteringen af en sådan trussel. Desuden skal den væbnede selvforsvarshandling være *nødvendig* og under alle omstændighed være *proportional* i forhold til det indledende angreb, jf. Landkrigsreglementets art. 23 (g) og TP1 art. 35 og 51, stk. 5. Retten til selvforsvar gælder selvsagt kun i forbindelse med en stats *indledende* angreb mod en anden stat (aggression) og giver som nævnt den angrebne stat ret til straks at forrette et (proportionalt) modangreb mod angriberen i selvforsvar. Hvis krigen herefter bryder ud i lys lue, træder den humanitære folkeret i stedet.

En af de nye våbentyper, der diskuteres i disse år, er anvendelsen af de såkaldte cybervåben, dvs. elektroniske angreb gennem computernetværk mod en stat, hvorved der uden brug af konventionelle (kinetiske) våben udløses fysisk skade, der svarer til følgerne af et angreb med konventionelle våben, som fx artilleri eller luftbombardementer. Ved anvendelsen af cyberteknologi rettet mod reguleringen af flytrafikken over en anden stat som indledning til en international væbnet konflikt kan den angribende stat fx forårsage flysammenstød i luften over modpartens byer, ligesom det gennem computernetværk er blevet muligt at forårsage kernenedsmeltninger i atomkraftværk eller oversvømmelser af store tætbebyggede landområder på fjendens territorium. Under »normale« omstændigheder vil angreb med tilsvarende følger forrettet med konventionelle våben som nævnt give den angrebne stat ret til at foretage et modangreb i selvforsvar, og angrebet kan da uden videre rettes mod den angribende stats lovlige militære mål på dennes territorium.

Denne konstruktion kan imidlertid ikke eller kun meget sjældent anvendes, når det drejer sig om cyberangreb med tab af liv og ejendom til følge, fordi det umiddelbart ikke er muligt at identificere sikkert, *hvem* der har foretaget det indledende angreb, eller *hvorfra* det er rettet. Inden den angrebne stat kan identificere den angribende stat – hvis dette overhovedet er muligt – vil der i de fleste tilfælde gå så lang tid, sandsynligvis mange måneder eller endog år, at muligheden for et modangreb i selvforsvar for længst vil være forpasset, enten fordi der ikke længere eksisterer nogen umiddelbar trussel mod den internationale fred og sikkerhed, eller fordi der i mellemtiden er udbrudt en international væbnet konflikt. Problemet med aggression ved hjælp af cyberangreb er med andre ord, at muligheden for at handle i selvforsvar efter den eksisterende krigsret reelt er udelukket i praksis.

Problemet er, så vidt jeg kan se ikke hidtil behandlet i teorien, der indtil videre har indskrænket sig til at fastslå, at den humanitære folkerets regler om distinktion, proportionalitet, nødvendighed og forbud mod unødvendig lidelse også finder anvendelse på cyberangreb, samt at sådanne angreb kan sidestilles med konventionelle angreb, såfremt de medfører et tilsvarende omfang af skade i form af tab af liv, skade på legeme eller helbred eller omfattende ødelæggelse af ejendom.[23]

Skulle man i denne situation foreslå *supplerende* regler om betingelserne for handlinger i selvforsvar mod et cyberangreb, kunne det være følgende:

Selvforsvarshandlingen skal i givet fald – såfremt muligheden for en spontan selvforsvarshandling er forspildt – foretages inden for en rimelig tidsfrist efter, at den angribende stat er blevet identificeret;

Selvforsvarshandlingen kan, såfremt der ikke længere eksisterer nogen umiddelbar trussel mod den internationale fred og sikkerhed, alene antage karakter af repressalier, hvori ligger, at handlingen skal være ikke-voldelig; og

Selvforsvarshandlingen skal straks indberettes til FN's Sikkerhedsråd.

Konsekvensen af disse tre supplerende regler *de lege ferenda* er, at den angrebne stat alene får ret til at iværksætte en repressaliehandling som svar på et cyberangreb i strid med den humanitære folkeret, men derimod ikke et væbnet modangreb i selvforsvar. Til gengæld får den angrebne stat ret til at iværksætte sin handling, selvom der er hengået lang tid siden det oprindelige cyberan-

23. Se *Heather Harrison Dinniss*: »Cyber Warfare and the Laws of War«; Cambridge University Press, 2012, side 105-113; og *Michael Schmitt* (Ed): »Tallinn-Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare«; Cambridge University Press, 2013.

greb blev foretaget. Og endelig skal den ikke-voldelige selvforsvarshandling indberettes til Sikkerhedsrådet umiddelbart efter dens gennemførelse.

Rationalet bag de her foreslåede tre regler er først og fremmest at fastslå en ret for den angrebne stat til at svare igen på et cyberangreb, selvom der er hengået lang tid mellem angrebet og modsvaret. Under normale omstændigheder skulle en regulær selvforsvarshandling efter FN-Pagtens artikel 51 ellers gennemføres prompte; det gælder ligeledes for repressaliehandlinger, at disse må foretages i umiddelbar tilknytning til den uretmæssige handling, der har givet anledning til reaktionen. For det andet må den tidsmæssige forskydning mellem angreb og forsvar – under antagelse af, at denne forskydning er langvarig – tilsige, at selvforsvarshandlingen begrænses til en ikke-voldelig reaktion, fordi der i modsat fald vil være en betydelig risiko for en væbnet optrapning, der igen vil kunne true den internationale fred og sikkerhed; en sådan reaktion kan bestå af økonomiske, handelsmæssige eller politiske sanktioner, men det følger allerede af de almindelige krigsretlige betingelser, at repressaliehandlingen stadig skal holde sig inden for grænsen af, hvad der kan anses for proportionalt i forhold til den skade, der forvoldtes ved det oprindelige cyberangreb. Endelig foreslår jeg for det tredje, at den angrebne stat straks underretter FN's Sikkerhedsråd om repressaliehandlingen for at sikre sig, at Rådet bliver orienteret om reaktionen; herved kan den angrebne stat legitimere sin repressaliehandling, og Rådet får mulighed for at følge situationen.

3. Sammenfatning

Denne artikels problemstilling var at undersøge, om den humanitære folkeret kunne rumme de nye krigsmåder og våbentyper, og om der i benægtende fald kunne anvises alternative regler til at regulere krigens nye måder og våben.

Af gennemgangen i det foregående vil det fremgå, at der i relation til spørgsmålet om den retlige status for medlemmer af væbnede oprørsgrupper under interne væbnede konflikter med deltagelse af fremmede, fjerntliggende lande består det problem, at deres i krigsretlig forstand *lovlige* handlinger bedømmes forskelligt alt efter, om det pågældende medlem retsforfølges ved en international straffedomstol efter den humanitære folkeret, eller ved en national domstol efter national ret. Dette er ikke tilfredsstillende, for det rejser en række videre spørgsmål om den status, som tilfangetagne personer vil have i henholdsvis det borgerkrigsramte land og det fjerntliggende deltagerland. Om dette problem er det min opfattelse, at den humanitære folkeret i øjeblikket ikke kan rumme modsætningen på en måde, der er forenelig med national ret, og at der tillige ikke kan anvises nogen umiddelbar og realistisk løsning.

Hvad herefter angår spørgsmålet om bortfaldet af muligheden for at rette et lovligt modangreb i selvforsvar mod et cyberangreb, hvorved der forrettes tab af liv, skade på legeme eller helbred eller omfattende ødelæggelse af ejendom i en målestok, der er sammenligneligt med et angreb med konventionelle våben, har jeg fremhævet, at denne mulighed vil bortfalde i alle de forventede tilfælde, hvor der vil være hengået meget lang tid (mange måneder eller flere år) mellem angrebet og modangrebet. Herom har jeg foreslået tre supplerende regler, der skal gøre det muligt for den angrebne stat at reagere på angrebet, dog uden brug af væbnet magt. Om disse regler vil vinde tilslutning er naturligvis uvist, og indtil videre må vi konstatere, at der endnu ikke har været gennemført cyberangreb fra én stat mod en anden med så omfattende konsekvenser, at angrebene har kunnet karakteriseres som »væbnede angreb« i den humanitære folkerets forstand.[24]

Men det er formentlig kun et spørgsmål om tid, førend sådanne angreb vil blive brugt som optakt til eller led i en væbnet konflikt, og så får vi se.

24. Eksempler på cyberangreb, der formodedes at være gennemført af en stat mod en anden, er det såkaldte »Stuxnet-angreb« i 2010, hvorved centrifugerne i flere iranske atomreaktorer blev sat ud af drift, og som af Iran blev hævdet var foretaget af USA og/eller Israel, og angrebet mod Estland i 2007, hvorved landets banksystem, adskillige regeringstjenester og en række mediekanaler blev sat ud af drift, og som af Estland blev hævdet at være iværksat af Rusland.

Rammeafgørelser og præjudicielle forelæggelser

Af Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen

1. Indledning

Kan en dansk dommer forelægge et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af en rammeafgørelse for EU-Domstolen? Svaret på dette er enkelt: Nej! Men begrundelsen er desværre ikke så enkel. Den kræver nemlig en lang rejse gennem det særlige forhold, som siden 1993 har været gældende mellem Danmark og EU på det strafferetlige område. Et forhold, som med afstemningen om omdannelse af retsforbeholdet til en tilvalgsordning er sat til fornyet debat.

I artiklen redegøres først for rammeafgørelsen som retsakt. Derefter redegøres for Domstolens muligheder for at behandle præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af en rammeafgørelse under henholdsvis Amsterdam-traktaten og Lissabon-traktaten. Dernæst redegøres for hvordan Domstolens kompetence vil blive ændret, hvis Danmark benytter Lissabon-traktatens muligheder for at omdanne retsforbeholdet til en tilvalgsordning.[1] På baggrund af denne gennemgang konkluderes det også, at den danske dommer ikke formelt er forpligtet til at inddrage Domstolens praksis i behandlingen af en sag om udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre, men traktatens krav om loyalt samarbejde medfører dog, at dommeren alligevel i realiteten må inddrage Domstolens praksis.

2. Hvad er en rammeafgørelse

2.1. Rammeafgørelsen som retsakt

Fra sin start som Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab i 1952 fokuserede Fællesskabet på integration gennem økonomisk aktivitet. Stadig tættere samhandel gennem fri bevægelighed for arbejdskraft, kapital, varer og tjenesteydelser var drivkraften i denne integrationsproces. Projektets grundide

1. Artiklen er skrevet i oktober 2015, og dermed inden resultatet af folkeafstemningen den 3. december 2015 er kendt.

forudsatte etableringen af et overstatsligt samarbejde, som i første omgang overtog kontrollen med kul- og stålmarkederne. I takt med etableringen af et indre marked udbredtes det overstatslige samarbejde til stort set al økonomisk aktivitet med en grænseoverskridende dimension.

Det indre markeds fokus på økonomisk integration kom dog til kort, når der opstod tvister om varers mangler eller købers manglende betaling, om vandrende arbejdstageres rettigheder under f.eks. skilsmisse eller om den strafferetlige behandling af kriminelle aktiviteter på tværs af landegrænser. Det traditionelle, overstatslige samarbejde var begrænset til et økonomisk samarbejde, og traktaterne gav derfor ikke mulighed for at adressere disse retlige problemer. Den stadig tættere økonomiske integration skabte derfor et behov for et retligt samarbejde.

Derfor måtte samarbejdet udvides. Dette skete med Maastricht-traktaten fra 1992, som ved et kapitel med titlen »Bestemmelser om samarbejde om retlige og indre anliggender« gav hjemmel til at etablere et mellemstatsligt samarbejde inden for blandt andet civilret og strafferet. Samarbejdet kunne udmøntes ved, at Rådet kunne fastlægge fælles holdninger, vedtage fælles aktioner eller udarbejde konventioner til ratifikation af medlemsstaterne i overensstemmelse med medlemsstaternes forfatningsmæssige bestemmelser.[2]

Som bekendt vakte dette ikke begejstring hos de danske vælgere. Ved en folkeafstemning den 2. juni 1992 afviste 50,7 % af vælgerne Maastricht-traktaten, hvorefter Danmark med Edinburgh-afgørelsen fik sit retsforbehold sammen med tre andre forbehold: forsvarsforbeholdet, den fælles mønt og unionsborgerskabet. Danmark kunne efter en ny folkeafstemning den 18. maj 1993 herefter tiltræde traktaten.

Når det var nødvendigt at samordne medlemsstaternes lovgivning på det retlige område, kunne det alene ske ved at Rådet udarbejdede konventioner, som medlemsstaterne derefter kunne implementere i national lovgivning. Det viste sig dog hurtigt, at lovgivning gennem traktater er en meget langsommelig og besværlig proces, ligesom samarbejdets mellemstatslige karakter udelukkede sanktionering af manglende ratificering og implementering.

Da traktaten skulle revideres, var det derfor nærliggende at ændre på reglerne for det retlige samarbejde. Med Amsterdam-traktaten, som trådte i kraft den 1. maj 1998, overførtes civilretten og asyl/immigrationsretten derfor til det overstatslige samarbejde,[3] mens strafferetten blev bevaret som et mellemstatsligt samarbejde.[4] Retsforbeholdet medførte dermed, at Danmark nu

2. EF Tidende C 191 af 29. juli 1992, side 61.
3. EF-Tidende C 340 af 10. november 1997, side 28-31.
4. ibid., side 162-168.

ikke deltog i det overstatslige samarbejde om civilretten og asyl/immigrationsretten, mens Danmark fortsat deltog i det mellemstatslige samarbejde om strafferet og politisamarbejde.

Uanset at det strafferetlige samarbejde bevaredes som et mellemstatsligt samarbejde, skete der dog også ændringer i samarbejdets form. Konkret blev det med Amsterdam-traktatens artikel 34 nu muligt at gennemføre ny lovgivning som rammeafgørelser, afgørelser og konventioner. Rådet fik dermed et nyt instrument stillet til rådighed i form af rammeafgørelser.

En rammeafgørelse blev i artikel 34(2)(b) TEUF defineret som en

»[...] indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser; rammeafgørelser er bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen. De indebærer ikke umiddelbar anvendelighed.«

Rammeafgørelsen kunne dermed sammenlignes med et direktiv, som i artikel 249 EF var defineret således:

»Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.«

Artikel 34(2) gav mulighed for, at forslag kunne fremsættes af blot en enkelt medlemsstat eller af Kommissionen. Skulle der træffes beslutninger, skulle det i overensstemmelse med områdets mellemstatslige karakter ske ved enstemmighed.

Rammeafgørelsen i det mellemstatslige samarbejde om strafferet og politisamarbejde svarer dermed til direktivet i det overstatslige samarbejde. Dette giver anledning til en nærmere undersøgelse af Domstolens kompetence i forhold til rammeafgørelser. Denne undersøgelse vil tage et konkret afsæt i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, som derfor nu skal introduceres.

2.2. Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre

Kommissionen fremlagde den 19. september 2001 et forslag til en rammeafgørelse om den europæiske arrestordre.[5] Med forslaget ønskede Kommissionen at skabe en ny, retlig ramme for udlevering til strafforfølgning og

5. KOM/2001/522 – CNS 2001/215, 19. september 2001 Forslag til Rådets rammeafgørelse om den europæiske arrestordre og overgivelsesprocedurerne mellem medlemsstater.

straffuldbyrdelse mellem Unionens medlemsstater, som navnlig skulle sikre implementeringen af princippet om gensidig anerkendelse.

Dette princip om gensidig anerkendelse så dagens lys på stats- og regeringschefernes møde i den finske by Tammerfors i oktober 1999, hvor der blev aftalt et 5-årigt udviklingsprogram for virkeliggørelsen af Amsterdam-traktatens mål om skabelse af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Princippet om gensidig anerkendelse blev fremhævet som en hjørnesten i denne proces og ville i forbindelse med udlevering betyde, at hvert lands retlige myndigheder forpligtes til at anerkende udleveringsanmodninger fra andre medlemsstater med et minimum af juridisk kontrol forud for udleveringens godkendelse.[6]

Rammeafgørelsens bestemmelser skulle afløse de gældende regler, hvor udlevering skete på et sædvanligt mellemstatsligt grundlag med såvel en juridisk som en politisk vurdering. Denne udleveringsprocedure var ganske langsommelig og administrativt tung og blev derfor kun anvendt i helt særlige tilfælde. Proceduren medførte dermed reelt, at hvis den eftersøgte havde held til at krydse en grænse, ville det i realiteten være næsten umuligt at fortsætte strafforfølgningen af den pågældende. Sådanne procedurer fandtes ikke at kunne have en plads i en Union, som nu betegnede sig som et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, og rammeafgørelsen skulle dermed særligt erstatte Europarådets udleveringskonvention fra 1957 med tilhørende protokoller[7] samt to EU-konventioner fra 1995[8] og 1996.[9]

Rammeafgørelsen var i sig selv banebrydende ved at indføre princippet om gensidig anerkendelse i udleveringssager, men rammeafgørelsen fjernede samtidig det sædvanlige krav om dobbelt strafbarhed for 32 konkrete forbrydelser, hvis blot forbrydelsen kunne straffes med fængsel i mindst tre år i den begærende medlemsstat. For øvrige forbrydelser kunne udlevering til strafforfølgning ske, hvis forholdet kunne straffes med fængsel i mindst 12 måneder i den begærende medlemsstat, mens udlevering til straffuldbyr-

6. Det Europæiske Råd i Tammerfors den 15. og 16. oktober 1999 – Formandskabets konklusioner, præmis 33-37.
7. European Treaty Series, no. 24: European Convention on Extradition, 1957, Council of Europe; European Treaty Series, no. 86: Additional Protocol to the European Convention on Extradition, åbnet den 15. oktober 1975; European Treaty Series, no. 98: Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition, åbnet den 17. marts 1978; European Treaty Series, no. 209: Third Additional Protocol to the European Convention on Extradition, åbnet den 10. november 2010.
8. EF Tidende C 78 af 30. marts 1995, side 2.
9. Council Act of 27. september 1996 drawing up the Convention relating to extradition between the Member States of the European Union.

delse kunne ske, hvis der var pålagt en straf på mindst fire måneders frihedsberøvelse. Hvis forholdet ikke var omfattet af en eller flere af de 32 konkrete forbrydelser, hvor kravet om dobbelt strafbarhed var fjernet, var det blot et krav, at der var tale om en lovovertrædelse i den fuldbyrdende medlemsstat. Samtidig fjernedes muligheden for at nægte udlevering af egne statsborgere, hvilket nødvendiggjorde ændringer i forfatningerne i Frankrig, Cypern, Østrig, Polen, Portugal, Slovenien og Finland. Rammeafgørelsen var dermed banebrydende på flere måder.

Den 13. juni 2002 vedtoges rammeafgørelsen i sin endelige form.[10] Rammeafgørelsen skulle være implementeret i national ret senest den 31. december 2003. Rammeafgørelsen fandt også anvendelse for Danmark, idet rammeafgørelsen var vedtaget som et mellemstatsligt instrument og dermed respekterede det danske retsforbehold. Rammeafgørelsen blev implementeret i dansk ret ved indførelse af kapitlerne 2 a og 3 a i udleveringsloven.[11]

3. Domstolens kompetence på det strafferetlige område under Amsterdam-traktaten

3.1. Den retlige ramme for Domstolens prøvelse

Når rammeafgørelser var en del af det mellemstatslige samarbejde, måtte der i sagens natur træffes særlige forholdsregler vedrørende Domstolens kompetence. Et direktiv gav med sit overstatslige grundlag ikke anledning til samme problemer, her kunne Domstolens kompetence umiddelbart begrundes ved EU-rettens forrang. Men rammeafgørelsens mellemstatslige natur afskar i udgangspunktet Domstolen fra at have kompetence. Omvendt var rammeafgørelser en del af den samlede EU-retsorden, og det var derfor problematisk at afskære Domstolen enhver kompetence. Disse to hensyn blev afvejet i artikel 35 TEUF.

3.1.1. Præjudicielle spørgsmål om rammeafgørelser

Domstolen fik med artikel 35(1) TEUF kompetence til at besvare præjudicielle spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af rammeafgørelser m.v. Bestemmelsen gav også kompetence til at behandle præjudicielle spørgsmål om fortolkningen og gyldigheden af gennemførelsesforanstaltninger i tilknyt-

10. EF Tidende L 190 af 18. juli 2002, side 1.
11. Lov nr. 433 af 10. juni 2003 om ændring af lov om udlevering af lovovertrædere og lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige.

ning til blandt andet rammeafgørelser. Domstolens rolle som den autoriserede fortolker af EU-retten var dermed sikret.

Men idet rammeafgørelserne var et mellemstatsligt instrument, måtte Domstolens kompetence være betinget af medlemsstaternes eksplicitte samtykke. Efter stk. 2 var Domstolens kompetence derfor betinget af, at den enkelte medlemsstat i en erklæring havde godkendt Domstolens kompetence til at træffe præjudicielle afgørelser om blandt andet rammeafgørelser. Artiklens stk. 3 gav mulighed for, at en erklæring kunne udformes på en af to mulige måder. Efter litra a kunne muligheden for at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen begrænses til de retter i medlemsstaterne, som kunne træffe afgørelser uden mulighed for appel, mens det efter litra b var muligt at give alle nationale retter mulighed for at stille præjudicielle spørgsmål til Domstolen.

For så vidt angik fortolkningen af rammeafgørelser og rammeafgørelsers gyldighed var Domstolens rolle som den autoriserede fortolker af EU-retten dermed sikret på en måde, som samtidig respekterede, at politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager var et mellemstatsligt samarbejde.

Da Amsterdam-traktaten trådte i kraft den 1. maj 1999, afgav Spanien erklæring om, at retter, der kunne afsige endelige afgørelser, kunne benytte muligheden for at forelægge præjudicielle spørgsmål. Samtidig afgav Belgien, Tyskland, Grækenland, Italien, Luxembourg, Holland, Østrig, Portugal, Finland og Sverige erklæring om, at alle nationale retter kunne forelægge spørgsmål præjudicielt for Domstolen.[12] Blandt de daværende medlemsstater var det dermed kun Frankrig, UK, Irland og Danmark, som ikke kunne godkende, at Domstolen fik kompetence til at behandle præjudicielle spørgsmål om bl.a. rammeafgørelsers fortolkning og gyldighed.

I 2005 afgav også Frankrig en erklæring, som gav alle nationale retter mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Ved samme lejlighed afgav Ungarn en erklæring, som gav alle nationale retter, som kunne afsige endelige kendelser, mulighed for at stille præjudicielle spørgsmål.[13] Ved sin tiltrædelse til EU havde Tjekkiet allerede afgivet en erklæring, som gav alle nationale retter mulighed for at stille præjudicielle spørgsmål,[14] og i 2008 afgav Letland, Litauen og Slovenien tilsvarende erklæringer, mens Ungarn besluttede, at alle nationale retter nu kunne forelægge præjudicielle spørgsmål

12. EF-Tidende L 114 af 1. maj 1999, side 56.
13. EU Tidende L 327 af 14. december 2005, side 19.
14. EU Tidende L 236 af 23. september 2003, side 980.

for Domstolen.[15] I 2010 indløb erklæringer fra Cypern og Rumænien, som også gav alle nationale retter kompetence.[16]

Blandt de stater, som var medlem af EU ved Amsterdam-traktatens ikrafttræden, var det dermed kun UK, Irland og Danmark, som ikke havde afgivet den nødvendige erklæring. Blandt de stater, som siden havde opnået medlemskab, var der heller ikke afgivet erklæring fra Estland, Malta, Polen, Slovakiet, Bulgarien og Kroatien. En af konsekvenserne af, at politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager var et mellemstatsligt samarbejde var dermed, at Domstolen ikke havde kompetence til at behandle præjudicielle spørgsmål om rammeafgørelser fra i alt 9 ud EU's 28 medlemsstater.

En medlemsstat, som ikke havde afgivet en erklæring efter artikel 35(2) TEUF, var dog efter artikel 35(4) TEUF ikke afskåret fra at indgive indlæg eller skriftlige udtalelser under Domstolens behandling af præjudicielle spørgsmål om fortolkningen og gyldigheden af bl.a. rammeafgørelser.

3.1.2. Spørgsmål om politioperationer

Art. 35(5) TEUF afskar Domstolen enhver kompetence til at prøve gyldigheden eller proportionaliteten af operationer, som udføres af medlemsstaternes politi eller andre retshåndhævende myndigheder. Bestemmelsen afskar ligeledes Domstolens kompetence til at prøve spørgsmål om, hvordan medlemsstaterne udøver deres beføjelser med hensyn til opretholdelse af lov og orden og beskyttelse af den indre sikkerhed.

Det daglige politiarbejde var dermed fortsat alene et nationalt anliggende for den enkelte medlemsstat.

3.1.3. Spørgsmål om rammeafgørelsers lovlighed

Domstolen måtte i sin egenskab af den øverste fortolker af EU-retten være sikret en særlig kompetence til behandling af spørgsmål, om en rammeafgørelse var ulovlig som følge af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af traktaten, overtrædelse af retsregler vedrørende traktatens gennemførelse eller af magtfordrejning. Artikel 35(6) TEUF gav derfor alle medlemsstater og Kommissionen mulighed for at indgive sådanne klager til Domstolen senest to måneder efter rammeafgørelsens offentliggørelse.

3.1.4. Tvister mellem medlemsstaterne

Særligt i forbindelse med anvendelsen af rammeafgørelser, som giver mulighed for at gennemføre efterforskning og udlevering i andre medlemsstater, kan

15. EU Tidende L 70 af 14. marts 2008, side 23.
16. EU-Tidende L 56 af 6. marts 2010, side 14.

der opstå tvister mellem de involverede medlemsstater om rammeafgørelsens fortolkning eller anvendelse. Det ville naturligvis være uholdbart ikke at have et egnet forum til løsning af sådanne tvister. Artikel 35(7) TEUF foreskrev derfor, at tvisten først skulle søges bilagt af Rådet. Hvis det ikke var lykkedes Rådet at bilægge tvisten inden seks måneder, ville Domstolen have kompetence til at træffe afgørelse i sagen.

3.1.5. Amsterdam-traktatens retlige ramme for en præjudiciel forelæggelse fra Danmark

Domstolens kompetence til at behandle et præjudicielt spørgsmål var betinget af en erklæring om Domstolens kompetence fra den medlemsstat, hvori den forelæggende ret er hjemmehørende. Idet Danmark ikke har afgivet en sådan erklæring, er danske dommere dermed afskåret fra at stille præjudicielle spørgsmål til Domstolen.

Danmark havde dog mulighed for at afgive indlæg under behandlingen af præjudicielle spørgsmål fra retterne i andre stater, ligesom Danmark havde mulighed for at nedlægge påstand om, at en given rammeafgørelse var ulovlig. Endelig havde Danmark mulighed for at bede Domstolen behandle en tvist med en anden medlemsstat om fortolkningen eller anvendelsen af en rammeafgørelse, når Danmark blot først havde forsøgt at bilægge striden i Rådet i en periode på seks måneder.

Mere interessant er dog hvorvidt Danmark bindes af Domstolens domme i sager, hvor andre medlemsstater har indgivet præjudicielle spørgsmål. Her må svaret søges i Edinburgh-aftalen fra 1992, som slår fast, at »Danmark vil deltage fuldt ud i samarbejdet om retlige og indre anliggender på grundlag af afsnit VI i Traktaten om Den Europæiske Union.« Når Danmark deltager fuldt ud, men i overensstemmelse med traktatens ordlyd ikke har afgivet erklæring om danske domstoles muligheder for at stille præjudicielle spørgsmål, må det konkluderes, at Danmark i medfør af artikel 35(1) TEUF vil være bundet af de svar, som fremkommer ved Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål fra retterne i andre medlemsstater.

3.2. Den faktiske prøvelse af rammeafgørelser

Domstolens kompetence var med andre ord afhængig af, om den aktuelle sag beroede på et præjudicielt spørgsmål fra en medlemsstat eller på et spørgsmål om rammeafgørelsens forenelighed med traktaterne. Så vidt ses har spørgsmålet om en rammeafgørelses forenelighed med traktaterne ikke været forelagt Domstolen med henvisning til artikel 35(6) TEUF, idet alle sager har været forelagt som præjudicielle spørgsmål fra nationale retter. Nogle af disse sager har dog drejet sig om rammeafgørelsens karakteristika som retsakt. Sær-

ligt *Pupino* påkalder sig her væsentlig opmærksomhed. Sagen angik ganske vist ikke rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, men Domstolen udtalte sig her om rammeafgørelsens helt grundlæggende karakteristika, og sagen er derfor væsentlig for forståelsen af rammeafgørelser som retsakter. Når interessen retter sig særligt mod rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, kan det også konstateres, at Domstolen i en række sager har taget stilling til fortolkningen af konkrete bestemmelser i denne rammeafgørelse, ligesom Domstolen har taget stilling til fortolkningen af rammeafgørelsens bestemmelser i sammenhæng med bestemmelser i særligt Charteret om grundlæggende rettigheder og Schengen-reglerne.

3.2.1. Domstolens syn på rammeafgørelsen som retsakt

Pupino[17] tog sin begyndelse i januar 2001, hvor den italienske skolelærer Maria Pupino blev anklaget for at have udøvet forskellige former for vold mod sine elever. Som et led i efterforskningen ønskede anklagemyndigheden i august 2001 at foretage en videoafhøring af de forurettede børn, således at børnenes vidneudsagn var sikret, og børnene ikke senere skulle forklare om forholdene indenretligt under hovedforhandlingen. Efter italiensk ret var det muligt at foretage sådanne videoafhøringer, men kun ved seksualforbrydelser. Men i marts 2001 var en rammeafgørelse om ofres stilling i forbindelse med straffesager vedtaget af Rådet.[18] Af rammeafgørelsens artikel 8(4) fremgik, at medlemsstaterne skulle sikre ofre, der måtte have brug for beskyttelse mod følgerne af at afgive vidneforklaring i et offentligt retsmøde, muligheden for at afgive vidneforklaring på en hvilken som helst hensigtsmæssig måde. Den italienske forundersøgelsesdommer spurgte derfor den 5. marts 2003 Domstolen, om rammeafgørelsen skulle fortolkes således, at en national ret skulle have mulighed for at tillade børnene at afgive vidneforklaring uden for et offentligt retsmøde.

Domstolens kompetence blev underlagt en intensiv prøvelse. Domstolen konstaterede først, at Domstolen kunne modtage et præjudicielt spørgsmål fra den italienske forundersøgelsesdommer, idet Italien havde afgivet erklæring efter art. 35(2) TEUF.[19] Men den franske regering nedlagde påstand om afvisning blandt andet med henvisning til, at rammeafgørelser ikke indebar

17. EU-Domstolen 16. juni 2005 *Straffesag mod Maria Pupino, C-105/03, EU:C:2005: 386* [([2005] 5285)].
18. Rådets rammeafgørelse 2001/220/RIA af 22. marts 2001 om ofres stilling i forbindelse med straffesager, EF-Tidende L 82 af 22. marts 2001, side 1.
19. EU-Domstolen 16. juni 2005 *Straffesag mod Maria Pupino, C-105/03, EU:C:2005: 386* [([2005] 5285)], præmis 19-22.

umiddelbar anvendelighed.[20] Tilsvarende påstod den italienske regering sagen afvist med henvisning til, at en rammeafgørelse var grundlæggende forskellig fra et direktiv, og rammeafgørelsen derfor ikke skabte en forpligtelse for den nationale ret til at foretage en overensstemmende fortolkning af national ret. Den svenske, den britiske og den hollandske regering udtrykte i realiteten samme opfattelse.[21]

Domstolen bemærkede først lighederne mellem en rammeafgørelse og et direktiv således, at begge retsakter bandt medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men overlod det til medlemsstaterne at bestemme form og midler for gennemførelsen. Uanset at Domstolen havde en begrænset kompetence i forbindelse med politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager, medførte disse ligheder en forpligtelse for nationale myndigheder til at anlægge en overensstemmende fortolkning. Dette understøttedes efter Domstolens opfattelse af det faktum, at selv stater, som ikke havde afgivet en erklæring efter art. 35(2) TEUF, kunne afgive indlæg under Domstolens behandling af præjudicielle spørgsmål til fortolkningen af en rammeafgørelse. Domstolens kompetence ville desuden i realiteten være uden betydning, hvis borgerne ikke kunne påberåbe sig en overensstemmende fortolkning af national ret.[22] Domstolen slog herefter fast,

»[...] at princippet om en overensstemmende fortolkning gælder i forhold til rammeafgørelser, der er vedtaget indenfor rammerne af afsnit VI i traktaten om Den Europæiske Union. Den foreliggende ret er ved anvendelsen af national ret forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke denne ret i lyset af rammeafgørelsens ordlyd og formål med henblik på at nå det med rammeafgørelsen tilsigtede resultat og således handle i overensstemmelse med artikel 34, stk. 2, litra b) EU.«[23]

Domstolen besvarede herefter den 16. juni 2005 det præjudicielle spørgsmål ved at slå fast, at rammeafgørelsen skulle fortolkes således, at børnene under hensyntagen til bestemmelserne i national ret fik mulighed for at afgive vidneforklaring efter regler, der gjorde det muligt at yde børnene et passende beskyttelsesniveau.[24]

En rammeafgørelse kan dermed sidestilles med et direktiv. Den nationale ret skal fortolke bestemmelserne i den nationale lovgivning i lyset af rammeafgørelsens ordlyd og formål med henblik på at nå det med rammeafgørelsen

20. ibid., præmis 24.
21. ibid., præmis 25-27.
22. ibid., præmis 33-38.
23. ibid., præmis 43.
24. ibid., præmis 61.

tilsigtede mål. Alle medlemsstater er omfattet af traktatens bestemmelser om politisamarbejde og det retlige samarbejde om kriminalsager, og rammeafgørelser er derfor bindende for alle medlemsstater. Domstolen har på en række nærmere fastsatte vilkår kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af rammeafgørelserne. Et af disse vilkår er en erklæring fra den enkelte medlemsstat, således at de nationale retter i den pågældende medlemsstat kan stille præjudicielle spørgsmål. Uanset at blandt andet Danmark ikke afgiver en erklæring efter artikel 35(2) TEUF, er Danmark dog fortsat også omfattet af artikel 35(1) TEUF. Domstolens præjudicielle besvarelser skal derfor også inddrages af den danske dommer, når et spørgsmål om fortolkningen af en rammeafgørelse behandles – uanset at den danske dommer ikke har mulighed for selv at anmode om præjudicielle forelæggelser.

3.2.2. Domstolens fortolkning af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre

I tiden fra vedtagelsen af rammeafgørelsen om den europæiske rammeafgørelse i 2002 og frem til Lissabon-traktaten trådte i kraft den 1. december 2009 modtog Domstolen i alt 10 sager, hvor der blev stillet præjudicielle spørgsmål til fortolkningen af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre. Fire sager drejede sig om en europæisk arrestordre kunne afvises med henvisning til *ne bis in idem*,[25] en handlede om rammeafgørelsens lovlighed og legalitetsprincippet,[26] en behandlede forholdet mellem rammeafgørelsen og Europarådets konvention om udlevering,[27] en behandlede specialitetsprincippet,[28]

25. EU-Domstolen 28. september 2006 *Straffesag mod Guiseppe Francesvo Gasparini m.fl., C-467/04, EU:C:2006:610* [[2006] I-9199]; EU-Domstolen 28. juli 2007 *Straffesag mod Jürgen Kretzinger, C-288/05, EU:C:2007:441* [[2007] I-6441]; EU-Domstolen 11. december 2008 *Klaus Bourquain, C-297/07, EU:C:2008:708* [[2008] I-9425]; EU-Domstolen 16. oktober 2010 *Gaetano Mantello, C-261/09, EU:C:2010:683* [[2010] I-11477].
26. EU-Domstolen 3. maj 2007 *Advocaten voor de Wereld VZW mod Leden van de Ministerraad, C-303/05, EU:C:2007:261* [[2007] I-03633].
27. EU-Domstolen 12. august 2008 *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea, C-296/08 PPU, EU:C:2008:457* [[2008] I-6307].
28. EU-Domstolen 1. december 2008 *Straffesag mod Artur Leymann og Aleksi Pustovarov, C-388/08 PPU, EU:C:2008:669* [[2008] I-8993].

en behandlede spørgsmålet om udlevering til straffuldbyrdelse i sager med domsafsigelse *in absentia*[29] og to behandlede de fakultative afslagsgrunde.[30]

Danmark afgav indlæg i de to, som behandlede de fakultative afslagsgrunde. I samme periode sås Irland ikke at afgive indlæg, mens UK afgav tre indlæg.[31]

Når en dansk dommer behandlede en sag om udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre, var dommeren som beskrevet ovenfor også forpligtet til at inddrage resultatet af disse præjudicielle forelæggelser.

Med Lissabon-traktaten omdannedes området for politisamarbejde og det retlige samarbejde om kriminalsager fra et mellemstatsligt samarbejde til et overstatsligt samarbejde. Dette har betydning for Domstolens kompetence på dette område. Men samtidig aktiveredes det danske retsforbehold, og det ændrede retsgrundlag for forholdet mellem Danmark og EU har dermed også betydning for forholdet mellem Danmark og Domstolen. En forståelse af, hvordan Danmarks forhold ændredes forudsætter dels en forståelse af Lissabon-traktatens overgangsbestemmelser og dels en forståelse af det danske retsforbehold.

4. Lissabon-traktatens overgangsbestemmelser

Lissabon-traktaten trådte i kraft den 1. december 2009. Med traktaten blev bestemmelserne om strafferet og politisamarbejde overført fra det mellemstatslige samarbejde til et overstatsligt samarbejde. Det civilretlige samarbejde og samarbejdet om asyl og immigration var allerede overført til det overstatslige samarbejde med Amsterdam-traktaten, og Lissabon-traktaten fuldførte dermed omdannelsen af det retlige samarbejde fra et mellemstatsligt til et overstatsligt samarbejde.

Når samarbejdet omdannes fra et mellemstatsligt samarbejde til et overstatsligt samarbejde, får Europa-Parlamentet indflydelse på lovgivningsprocessen, ligesom EU-Domstolen får den sædvanlige kompetence, som i øvrigt kendes fra EU-retten. Særligt spørgsmålet om EU-Domstolens kompetence

29. EU-Domstolen 21. oktober 2010 *I.B., C-306/09, EU:C:2010:626* [[2010] I-10341].
30. EU-Domstolen 17. juli 2008 *Szymon Kozlowski, C-66/08, EU:C:2008:437* [[2008] I-6041]; EU-Domstolen 6. oktober 2009 *Dominic Wolzenburg, C-123/08, EU:C:2009:616* [2009 I-9621].
31. EU-Domstolen 3. maj 2007 *Advocaten voor de Wereld VZW mod Leden van de Ministerraad, C-303/05, EU:C:2007:261* [[2007] I-03633]; EU-Domstolen 16. oktober 2010 *Gaetano Mantello, C-261/09, EU:C:2010:683* [[2010] I-11477]; EU-Domstolen 21. oktober 2010 *I.B., C-306/09, EU:C:2010:626* [[2010] I-10341].

kan give anledning til visse udfordringer, når det erindres, at rammeafgørelser var et mellemstatsligt instrument. Nu skulle EU-Domstolen pludselig have mulighed for at behandle rammeafgørelser i videre omfang, end det var forudsat ved rammeafgørelsens udformning og vedtagelse.

Det var derfor nødvendigt at indføre en række særlige overgangsbestemmelser i tilknytning til Lissabon-traktaten. Disse overgangsbestemmelser findes i protokol nr. 36 til Lissabon-traktaten.

Her slår artikel 9 fast, at retsakter vedtaget inden Lissabon-traktatens ikrafttræden bevares, så længe retsakten ikke er ophævet, ændret eller annulleret. Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre blev vedtaget i 2002 og dermed inden Lissabon-traktatens ikrafttræden. Artikel 9 sikrer, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre forbliver i kraft i sin oprindelige form uanset at området nu er overført til det overstatslige samarbejde. Også efter Lissabon-traktatens ikrafttræden skal udlevering mellem Danmark og en anden medlemsstat udenfor Skandinavien derfor ske efter rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre og de dermed forbundne bestemmelser i udleveringslovens kapitler 2 a og 3 a.

Protokollens artikel 10, stk. 1, indeholder en nærmere regulering af Kommissionens og Domstolens kompetence på området for politisamarbejde og retligt samarbejde i straffesager. Der blev her indført en særlig fem-årig overgangsperiode fra Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009.

Bestemmelsen afskar først og fremmest Kommissionen fra at anlægge sager om brud på traktaterne som følge af manglende implementering af en rammeafgørelse. Kommissionen kunne således ikke bringe artikel 258 TEUF i anvendelse. Ligeledes forblev Domstolens kompetence uændret fra tiden inden Lissabon-traktatens ikrafttræden, således at muligheden for præjudicielle forelæggelser fortsat var betinget af en erklæring om Domstolens kompetence efter Amsterdam-traktatens artikel 35(2).

Hvis en retsakt omfattet af artikel 10, stk. 1, blev ændret, sikrede artikel 10, stk. 2, at Kommissionen fik den sædvanlige kompetence efter artikel 258 TEUF for så vidt angår den ændrede retsakt. Ligeledes fik Domstolen den sædvanlige kompetence for så vidt angår den ændrede retsakt. Disse kompetencer var selvfølgelig begrænset til at omfatte de medlemsstater, som den ændrede retsakt fandt anvendelse på.

Overgangsbestemmelserne sikrede med andre ord, at det mellemstatslige samarbejde blev opretholdt i den femårige overgangsperiode for så vidt angik alle eksisterende retsakter. Nye retsakter, som blev vedtaget efter Lissabon-traktaten, ville være omfattet af det overstatslige samarbejde.

I kraft af disse overgangsbestemmelser forblev rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre dermed i kraft på uændrede vilkår i den femårige

overgangsperiode. Idet alle medlemsstater havde implementeret denne rammeafgørelse, havde spørgsmålet om Kommissionens kompetence efter artikel 258 TEUF ingen praktisk betydning, og Domstolens muligheder for at behandle præjudicielle forespørgsler var fortsat betinget af en erklæring fra den pågældende medlemsstat om Domstolens kompetence.

Domstolen var dermed fortsat ikke kompetent til at behandle en præjudiciel forelæggelse fra Danmark, som dog stadig kunne give indlæg under behandlingen af præjudicielle forelæggelser fra andre medlemsstater. Danmark ses ikke at have benyttet denne mulighed for at afgive indlæg siden Lissabon-traktaten trådte i kraft den 1. december 2009.

Domstolen havde tilsvarende ikke mulighed for at behandle præjudicielle forespørgsler fra de øvrige medlemsstater, som ikke havde afgivet en erklæring om Domstolens kompetence, mens Domstolen også kunne høre indlæg fra disse medlemsstater, uanset at disse medlemsstater ikke selv kunne forelægge sager præjudicielt. For så vidt angik UK og Irland ses UK at have givet indlæg i tre sager,[32] mens Irland kun ses at have afgivet indlæg i en enkelt sag.[33]

Restriktionerne på Kommissionens og Domstolens beføjelser ophørte fem år efter Lissabon-traktatens ikrafttræden. Fra 1. december 2014 kunne Kommissionen derfor anlægge sag ved Domstolen om traktatbrud for manglende implementering af rammeafgørelser, ligesom Domstolen kunne modtage præjudicielle forelæggelser på sædvanlig vis fra domstole i alle medlemsstater med undtagelse af Danmark. Samarbejdets overgang fra et mellemstatsligt samarbejde til et overstatsligt samarbejde var dermed tilendebragt – men idet det danske retsforbehold udelukkede, at Danmark kunne deltage i det overstatslige samarbejde, måtte der ved Lissabon-traktatens ikrafttræden også træffes særlige foranstaltninger for så vidt angik det danske retsforbehold.

32. EU-Domstolen 29. januar 2013 *Ciprian Vasile Radu, sag C-396/11, EU:C:2013:39* Elektronisk Samling af Afgørelsen (Samling af Afgørelser – Almindelig del); EU-Domstolen 26. februar 2013 *Stefano Melloni mod Ministerio Fiscal, C-399/11, EU:C:2013:107* [Elektronisk Samling af Afgørelser (Samling af Afgørelser – almindelig del)]; EU-Domstolen 28. juni 2012 *Melvin West, C-192/12 PPU, EU:C:2012:404* [Elektronisk Samling af Afgørelser (Samling af Afgørelser – almindelig del)].
33. EU-Domstolen 30. maj 2013 *Jeremy F. mod Premier ministre, C-168/13 PPU, EU:C:2013:358* [Elektronisk Samling af Afgørelser (Samling af Afgørelser – almindelig del)].

5. Det danske retsforbehold

Det danske retsforbehold findes i protokol nr. 22 til Lissabon-traktaten.

Protokollens artikel 1 slår først fast, at Danmark ikke deltager i Rådets vedtagelse af foranstaltninger, der foreslås i henhold til traktatens bestemmelser om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Denne bestemmelse er for så vidt blot en præcisering af Rådets stemmeregler, idet retsakter, som skal vedtages med enstemmighed kan vedtages, når blot der er enstemmighed blandt alle medlemsstater med undtagelse af Danmark. Ligeledes medregnes danske stemmer og danske borgere ikke, når der skal træffes afgørelser med kvalificeret flertal efter artikel 238 TEUF. Et kvalificeret flertal vil da være opnået, hvis mindst 55 % af Rådets 27 medlemmer (ekskl. Danmark), repræsenterende mindst 65 % af befolkningen i EU med undtagelse af den danske befolkning støtter et forslag.

Selve Retsforbeholdet findes i protokollens artikel 2. Artiklens første led slår fast, at

»Ingen af bestemmelserne i tredje del, afsnit V i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, ingen foranstaltninger, der er vedtaget i henhold til nævnte afsnit, ingen bestemmelser i internationale aftaler indgået af Unionen i henhold til nævnte afsnit og ingen afgørelser truffet af Den Europæiske Unions Domstol om fortolkning af sådanne bestemmelser eller foranstaltninger, der er ændret eller kan ændres i henhold til dette afsnit, er bindende for eller finder anvendelse i Danmark.«

Danmark står dermed udenfor traktatens bestemmelser om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Danmark står derfor også udenfor retsakter, som er vedtaget med hjemmel i disse traktatbestemmelser, ligesom Domstolens fortolkninger af retsakter med hjemmel i disse traktatbestemmelser heller ikke er bindende for Danmark eller finder anvendelse i Danmark.

Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre *kan ændres* i medfør af traktatens bestemmelser om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Domstolens fortolkning af rammeafgørelsens bestemmelser er dermed ikke bindende for Danmark og finder ikke anvendelse i Danmark. En dansk dommer kan dermed ikke inddrage Domstolens besvarelser af præjudicielle spørgsmål fra andre medlemsstater i sin behandling af en sag om udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre.

Artiklens andet led slår fast, at

»ingen af disse bestemmelser, foranstaltninger eller afgørelser berører på nogen måde Danmarks beføjelser, rettigheder og forpligtelser«,

mens tredje led slår fast, at

»ingen af disse bestemmelser eller afgørelser berører på nogen måde gældende fællesskabsret eller EU-ret eller udgør en del af EU-retten, således som de finder anvendelse på Danmark«.

Andet og tredje led sikrer dermed vandtætte skodder mellem Danmark og EU på området for frihed, sikkerhed og retfærdighed. Bestemmelserne afskærer samtidig den danske dommer fra at forelægge en sag med et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen.

Artiklens sidste led lyder, at

»Især er EU-retsakter på området politisamarbejde og retligt samarbejde i straffesager, der er vedtaget inden Lissabon-traktatens ikrafttrædelse, og som ændres, fortsat bindende for og finder anvendelse i Danmark uændret«.

Dette led i bestemmelsen giver Danmark muligheden for at fortsat benytte f.eks. rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, selv om de andre medlemsstater beslutter at gennemføre en reform af udleveringssystemet ved vedtagelse af et nyt direktiv. Bestemmelsen afskærer dog ikke de andre medlemsstater fra helt at ophæve den pågældende rammeafgørelse, så bestemmelsen er ikke en garanti for, at vi fortsat kan benytte de aktuelle instrumenter i fremtiden.

Protokol nr. 3 fastlægger statutten for Den Europæiske Domstol. Af protokollens artikel 23 fremgår, at

»Parterne, medlemsstaterne, Kommissionen og i påkommende tilfælde den institution, det organ, det kontor eller det agentur i Unionen, der har vedtaget den retsakt, hvis gyldighed eller fortolkning omtvistes, kan [...] indgive indlæg eller andre skriftlige udtalelser til Domstolen«.

Uanset at Danmark ikke selv kan indgive præjudicielle forelæggelser og ikke er bundet af Domstolens resultat, er det dermed faktisk muligt for Danmark at indgive indlæg under behandlingen af præjudicielle forelæggelser fra andre medlemsstater. Danmark ses dog ikke at have benyttet denne mulighed.

6. Retsforbeholdets betydning for den danske dommer

Retsforbeholdet betyder, at Danmark står uden for det overstatslige samarbejde indenfor området for frihed, sikkerhed og retfærdighed. Under Amster-

dam-traktaten var samarbejdet mellemstatsligt, og Domstolens kompetence var derfor betinget af, at Danmark afgav en erklæring om Domstolens kompetence. Idet en sådan erklæring ikke blev afgivet, kunne danske dommere ikke forelægge sager præjudicielt. Danmark kunne dog til trods for dette afgive indlæg under behandlingen af præjudicielle forelæggelser fra andre medlemsstater.

Lissabon-traktaten opretholdt denne retstilstand i uændret form. For såvel Danmark som andre medlemsstater, som ikke havde afgivet en erklæring om Domstolens kompetence, fulgte dette umiddelbart af traktatens overgangsbestemmelser. Disse overgangsbestemmelser gjaldt indtil 1. december 2014, hvor de øvrige medlemsstater, som ikke havde afgivet erklæring om Domstolens kompetence, måtte acceptere, at området nu er overstatsligt. Domstole i disse medlemsstater kunne dermed stille præjudicielle spørgsmål til Domstolen og måtte i alle henseender respektere Domstolens praksis i behandlingen af nationale sager.

Således som retsforbeholdet er formuleret i protokol 22, artikel 2, er det slået fast, at Domstolens praksis ikke finder anvendelse i eller er bindende for Danmark. Den danske dommer er derfor ikke bundet af Domstolens praksis i sin behandling af en dansk sag om udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre. Dette repræsenterer en ændring fra Amsterdam-traktaten, hvor den danske dommer netop var forpligtet til at inddrage Domstolens praksis. Retsforbeholdet kan dermed siges at være styrket ved Lissabon-traktatens ikrafttræden.

7. Den danske tilvalgsordning

Protokol nr. 22 om Danmarks stilling indeholder et bilag med bestemmelserne, som udgør den såkaldte tilvalgsordning. Disse bestemmelser er ikke gældende, før Danmark i overensstemmelse med sine forfatningsmæssige bestemmelser meddeler de andre medlemsstater, at protokollens bestemmelser om det danske retsforbehold skal erstattes med bilagets bestemmelser. Dette vil have virkning fra den første dag i måneden efter, Danmark har afgivet denne meddelelse jf. protokollens artikel 8(1). Seks måneder efter Danmark har afgivet meddelelsen, vil alle Schengen-regler samtidig overgå til et overstatsligt samarbejde jf. artikel 8(2).

Bilagets artikel 1 slår ligesom retsforbeholdets artikel 1 fast, at Danmark ikke deltager i Rådets vedtagelse af retsakter på området for frihed, sikkerhed og retfærdighed. Tilsvarende gentager artikel 2 næsten ordret retsforbeholdets artikel 2, og slår dermed fast, at traktatens bestemmelser om et område

med frihed, sikkerhed og retfærdighed er ikke bindende for eller finder anvendelse i Danmark. Tilsvarende er foranstaltninger truffet i medfør af disse bestemmelser ikke bindende for eller finder anvendelse i Danmark, ligesom afgørelser fra Domstolen ikke er bindende for eller finder anvendelse i Danmark. Princippet om vandtætte skodder mellem EU-retten og dansk ret er også gentaget ordret. Derimod er vores garanti for fortsat at kunne bruge de gamle foranstaltninger i uændret form fjernet.

Kernen i tilvalgsordningen findes i bilagets artikler 3 og 4.

Artikel 3 giver Danmark mulighed for at meddele, at Danmark ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af en foranstaltning, som er foreslået i henhold til traktatens bestemmelser om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Denne meddelelse skal afgives senest tre måneder efter forslaget er forelagt Rådet. Artikel 4 giver Danmark mulighed for at meddele, at Danmark ønsker at acceptere en foranstaltning, som er vedtaget i medfør at traktatens bestemmelser om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Denne meddelelse kan gives på et hvilket som helst tidspunkt, efter foranstaltningen er vedtaget af de øvrige medlemsstater.

Artikel 3 giver dermed mulighed for at foretage et tilvalg på forslagsstadiet, mens artikel 4 giver mulighed for at foretage et tilvalg efter vedtagelsen.

Når Danmark måtte have foretaget et tilvalg af en given foranstaltning, vil Danmark efter bilagets artikel 8 være omfattet af de relevante bestemmelser i traktaterne for så vidt angår den tilvalgte foranstaltning. Danmark bliver dermed omfattet af bestemmelserne om præjudicielle forelæggelser, og den danske dommer vil dermed kunne sætte en konkret sag i bero med henblik på at forelægge sagens præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen.

Tilvalgsordningen er dermed en helt særlig konstruktion, der i udgangspunktet sikrer, at retsforbeholdet *bevares*, jf. ordlyden i bilagets artikel 2. Traktatens bestemmelser om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed er ikke bindende for Danmark og finder ikke anvendelse i Danmark, uanset om retsforbeholdet opretholdes eller tilvalgsordningens bestemmelser sættes i kraft.

Tilvalgsordningen giver Danmark mulighed for at vælge, hvorvidt en konkret foranstaltning skal finde anvendelse i Danmark. Når Danmark har foretaget et tilvalg, sikrer bilagets artikel 8, at de relevante bestemmelser i traktaten finder anvendelse på Danmark for så vidt angår den pågældende foranstaltning. Dette medfører, at vi da også må anerkende Domstolens kompetence og pligten til at indfortolke Domstolens praksis i behandlingen af sager i Danmark.

8. Den europæiske arrestordre og tilvalgsordningen

Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre stammer som nævnt fra 2002, og dermed før Lissabon-traktaten gav mulighed for at overgå til en tilvalgsordning. Som ovenfor beskrevet finder rammeafgørelsen anvendelse i Danmark som et mellemstatsligt instrument.

I forbindelse med overgangen til en tilvalgsordning er der alene taget stilling til spørgsmålet om tilvalg af overstatslige retsakter. Det fremgår ikke direkte af tilvalgsordningen, som denne er udformet i bilaget til protokol 22, at der *ikke* kan ske tilvalg af mellemstatslige retsakter, men et eventuelt tilvalg skulle ske efter bilagets artikel 4 om tilvalg efter retsaktens vedtagelse. Det er dog vanskeligt at forene ordlyden i denne artikel med et tilvalg af en rammeafgørelse, idet Danmark da skal meddele, at Danmark ønsker at acceptere foranstaltningen. Danmark deltog i den enstemmige vedtagelse af rammeafgørelsen og har dermed allerede tilkendegivet, at rammeafgørelsen accepteres i den mellemstatslige form. Sammenholdes dette med overgangsordningens bestemmelser, som fastlagde, at eksisterende retsakters retsvirkning bevares indtil de ophæves, annulleres eller ændres, forekommer det mest nærliggende at fortolke tilvalgsordningens artikel 4 således, at der ikke er mulighed for at tilvælge en rammeafgørelse.

Uanset om artikel 4 i øvrigt måtte kunne fortolkes således, at den giver mulighed for tilvalg af en rammeafgørelse, må det dog også bemærkes, at der i forbindelse med afstemningen om retsforbeholdet ikke er truffet beslutning om tilvalg af rammeafgørelser. Det følger dermed modsætningsvis, at rammeafgørelser på nuværende tidspunkt ikke er tilvalgte.

Som påvist tidligere forbliver retsforbeholdet intakt for så vidt angår traktatens bestemmelser og retsakter, som ikke er tilvalgt i medfør af bestemmelserne om en tilvalgsordning. Når rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre ikke er tilvalgt, følger det af tilvalgsaftalens artikel 2, at ingen afgørelse truffet af Den Europæiske Unions Domstol om fortolkning af rammeafgørelsens bestemmelser er bindende for eller finder anvendelse i Danmark.

Det må dermed konkluderes, at den danske dommer, som har en sag til påkendelse om udlevering på en europæisk arrestordre, ikke har mulighed for at træffe afgørelse om sagens præjudicielle forelæggelse for EU-Domstolen. Tilsvarende er den danske dommer ikke direkte forpligtet til at inddrage Domstolens praksis i sin behandling af en sag om udlevering på grundlag af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre.

Uanset om der stemmes ja eller nej til at omdanne retsforbeholdet til en tilvalgsordning, nås således til det samme resultat: Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre er ikke blandt de tilvalgte retsakter, og en dansk

dommer kan dermed ikke forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, når rammeafgørelsens bestemmelser skal fortolkes. Tilsvarende kan en dansk dommer heller ikke inddrage Domstolens praksis i sin fortolkning af bestemmelserne i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre.

9. Står den danske dommer så helt frit i sit skøn?

Når det nu må konkluderes, at den danske dommer ikke skal inddrage Domstolens praksis i sin fortolkning af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, er det selvfølgelig nærliggende at overveje, om den danske dommer nu også står så frit, som denne analyse antyder.

Det må selvfølgelig besvares benægtende. Artikel 4 TEU pålægger både Unionen og medlemsstaterne en almindelig forpligtelse til at handle loyalt over for hinanden ved gennemførelsen af de opgaver, der følger af traktaterne. Nærmere bestemt slår artikel 4(3)TEU fast, at medlemsstaterne skal træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af de retsakter, der vedtages af EU-institutionerne. Ligeledes forpligter bestemmelsen medlemsstaterne til at bistå Unionen i gennemførelsen af sine opgaver, ligesom medlemsstaterne pålægges at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare.

Unionen har et erklæret mål om dannelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre er en foranstaltning, som skal virkeliggøre dette mål jf. indledende betragtning nr. 5.

Danmark og dermed danske dommere er dermed forpligtede til at virke loyalt for virkeliggørelsen af Unionens mål og dermed også for virkeliggørelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Den danske dommer er dermed i realiteten forpligtet til at inddrage praksis fra Domstolen i sin fortolkning af udleveringssager på grundlag af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre. I modsætning til kollegerne i andre medlemsstater kan den danske dommer dog ikke selv stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.

DEL V

Almene fag

Retshjælpsforskning

Af Ole Hammerslev

I den norske magtudredning konkluderedes det, at bl.a. den tiltagende retliggørelse af samfundet gav mere magt til retlige institutioner og retlige aktører på bekostning af politik og demokrati (NOU 2003, p. 19). Retliggørelsens betydning diskuterede Habermas, idet han fandt, at retliggørelse af samfundet sker via både en fortætning af regelkomplekser og en udbredelse af retsregler til nye ikke-regulerede områder. Med retliggørelsen mente Habermas, at der sker en kolonisering af livsverdenen, hvilket betyder, at bureaukratiske systemer og formålsrationel handlen overtager livsverdenens kommunikative rationalitet og demokratiske fundament (Habermas, 1987). Retliggørelse er ifølge Habermas bl.a. begrundet i, at der indføres regler for at beskytte og regulere befolkningen for at afbøde funktionssvigt ved kapitalismen. Udbredelsen af regler har konsekvens på en række områder for borgernes retsstilling, men særligt i form af velfærdsrettigheder. Velfærdsrettigheder er dog i praksis kun relevante, såfremt borgerne er i stand til at hævde deres ret. Og ikke kun i formel forstand som ved artikel 47 i EU's charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter alle skal have adgang til retshjælp, hvis nødvendigt for at sikre en effektiv adgang til domstolsprøvelse. De er kun relevante, såfremt befolkningen rent faktisk får opfyldt deres ret.

Derfor er det relevant at undersøge, hvad vi egentlig ved om borgernes faktiske tilgang til retshjælp. Hvad er behovet for retshjælp? Hvilke befolkningsgrupper anvender forskellige former for retshjælp? Denne artikel vil foretage et litteraturreview af forskningen inden for området. Artiklen diskuterer nogle af de væsentligste undersøgelser fra retshjælpsforskningens spæde start frem til forskningen i dag. Retshjælp har dog været en overset størrelse i dansk forskning, hvor der alene har været lavet enkelte undersøgelser gennem tiden. Derimod er der en rig litteratur i Norge og i common law-landene.

1. Definition af retshjælp

Som den mest omfattende undersøgelse af retshjælp i Norden, Jon T. Johnsens disputats *Retten til juridisk bistand: En rettspolitisk studie* (Johnsen,

1987), påpeger, omfatter retshjælpsbegrebet en række elementer. For det første indgår et element om »borgernes retlige situation«, hvorved forstås både regelværk, der giver muligheder for retlige reaktioner eller retsfølger, og de enkelte borgeres faktiske situation (Johnsen, 1987, p. 41ff.). Begrebet »juridisk position« omfatter i retshjælpssammenhæng en sondring, der vedrører, om det er muligt at forbedre borgerens velfærd ved hjælp af regler. For det andet indgår et element, om det er muligt at udnytte en juridisk position via juridisk kundskab, dvs. kundskab til gældende ret, evnen til at fastslå juridiske positioner og en strategisk kundskab, hvor man kan bruge praktisk indsigt med retssystemet og forvaltningens opbygning og virkemåde til at fremme sager (Johnsen, 1987, p. 45). For det tredje indgår selve definitionen af retshjælp som værende »baseret på juridisk innsikt til å avklare, unngå, oppnå eller utnytte aktuelle rettslige posisjoner.« (Johnsen, 1987, p. 46) I dette ligger både en retlig problemløsning og et retspolitisk arbejde. Endelig er der et element, der vedrører typen af retshjælp. Retshjælp forudsætter ifølge Johnsen altid en klarlægning af klientens problemer og forestillinger om løsningen af problemerne. Denne proces giver retshjælperen mulighed for at kunne klarlægge problemet som retligt og hermed give relevant retlig bistand. Dette medfører tre led i retshjælpen:

1. En kortlægning af klientens juridiske position og information til klienten om denne.
2. Forslag til juridisk strategi.
3. Iværksættelse af juridisk strategi på vegne af klienten.

Retshjælp omfatter således de fleste former for juridisk bistand, hvad enten det vedrører advokaters bistand til multinationale virksomheder, eller om det vedrører den jurastuderendes bistand via studenterretshjælp. De fleste undersøgelser, der diskuteres i det følgende, fokuserer dog på retshjælp målrettet forskellige grupper af borgere.

2. Behovet for retshjælp og ulighed

I Norden har retshjælpsforskningen været stærkest i Norge. Med inspiration i den marxistiske samfundsteori og amerikanske udgående retshjælpsprojekter blev flere aktionsforskningsprojekter iværksat i 1970erne. Det kendteste projekt var sandsynligvis »Juss-Buss«, der blev stiftet i 1971 af jurastuderende og retssociologiske forskere ved Universitetet i Oslo. I lighed med aktionsforskningen generelt, der forsøger at syntetisere videnskabelig erkendelse og

praktisk handling, var Juss-Buss for de retssociologiske forskere et projekt, hvor bl.a. frivillige jurastuderende gav retshjælp til svagt stillede borgere mod at få oplysninger om disse menneskers liv og retshjælpsbehov. En række tidligere undersøgelser foretaget af det retssociologiske miljø havde påvist, at fordelingen af retshjælp – eller af juridiske tjenesteydelser – var ulige fordelt i befolkningen. Alle befolkningsgrupper uanset klasse havde behov for retshjælp, men de mest ressourcesvage grupper fik mindst juridisk rådgivning på trods af, de havde mest behov for rådgivningen. Med den indkøbte bus kunne de tilbyde opsøgende gratis retshjælp i de områder, hvor der var et latent behov for det. Det betød, at jurastuderende kunne få praktisk erfaring ved siden af studiet, og ligeledes at man fik data både vedrørende disse gruppers retlige behov, og om årsagerne til de ikke søgte juridisk bistand. Herved blev der anlagt en rig kilde til information og en indgang til sociologisk feltarbejde, som bidrog til viden særligt om det skjulte retshjælpsbehov og levevilkår blandt mindre ressourcestærke personer (Hammerslev og Mathiesen, 2013). Siden fulgte en række undersøgelser om det skjulte retshjælpsbehov. En af de mest banebrydende antologier var *Rettshjelp og samfunnsstruktur* (Eidesen et al., 1975). Denne behandlede

«... spørgsmålet om hvordan rettshjelpsbehovet er fordelt blant ulike befolkningsgrupper, hvordan samfunnet møter (eller unnlater at møte) dette behov med retthjelpstilbud og i hvilken utstrekning rettshjelp er egnet til å løse ulike befolkningsgruppers reelle problemer.» (Eskeland, 1975, p. 10)

Dvs. de knyttede retshjælpsbehovet sammen med forskellige befolkningsgrupper eller klasser. Via empiriske studier af «fremmedarbeidere» i Norge, «norske sigøynere» og «herbergister» kunne undersøgelsen konkludere, at

»rettshjelp i tradisjonell forstand er et middel til å opprettholde den eksisterende lagdeling i samfunnet. Erkjennelsen av dette er i seg selv et argument som kan tale for at rettshjelp for de lavere sociale lag ikke skal begrenses til rettshjelp i tradisjonel forstand, men også må omfatte [...] rettspolitisk eller politisk virksomhet.« (Eskeland, 1975, p. 15)

På baggrund af en samfundsteori, der fokuserer på at afdække sociale strukturers reelle funktioner, er Mathiesens konklusioner utvetydige: behovet for retshjælp øges jo lavere social klasse man tilhører, og særligt havde pjalteproletariatet et akut behov for retshjælp (Mathiesen, 1975, p. 188). Mathiesen støtter konklusionen på en række empiriske studer, der viser, at de mindst ressourcestærke – eller de fattige – borgere havde størst behov for retshjælp inden for områderne skat, sociale ydelser og bolig, dvs. inden for velfærdsstatens område (Eskeland og Finnes, 1973).

Derimod stiger udbuddet for retshjælp jo højere klasse man tilhører, således at overklassen og erhvervslivet kan få retshjælpsbehov dækket, mens dette er langt mere vanskeligt, jo lavere klasse man tilhører. Mathiesen tolker dette som værende i homologi med den generelle fordeling af ressourcer og services (som fx psykiatrisk hjælp og medicinsk behandling) i samfundet (Mathiesen, 1975, p. 189). En tredje konklusion, Mathiesen drager, er, at der er barrierer, som hindrer, at selv opsøgende og udgående retshjælp når målgruppen – i hvert fald er det sværere at ramme dem, der har behov for retshjælp, når det handler om de svageste i samfundet – noget der ikke gør sig gældende i forhold til samfundets øvre grupper. Mathiesen forklarer barriererne ud fra tre forhold, nemlig ud fra at »organisationen« af retshjælpen hindrer den i at nå frem til potentielle klienter. Særligt er der forhold ved den offentlige forvaltning, der hindrer retshjælpstilbuddene i at nå frem til de svageste. For det andet er »kommunikationen« til de svageste ikke optimal, idet de svageste ikke kender til tilbuddene om retshjælp. For det tredje mangler de svageste grupper tillid til den offentlige forvaltning og til jurister (Mathiesen, 1975, p. 189f.).

Som i Norge iværksattes også undersøgelser i Danmark om retshjælpsbehovet. Den mest omfattende undersøgelse var juridiske forskere ved Aarhus Universitets undersøgelse i tilknytning til Gjellerupparkens retshjælp. Denne undersøgte behovet for retshjælp og mulighederne for at dække behovet med dels et stationært kontor og en opsøgende form for retshjælp (Sejr, 1977). Undersøgelsen fokuserede på de ressourcefattiges retshjælpsbehov, hvilket forskerne »altid har betragtet som kerneområdet for retshjælpsarbejde...retshjælp for ubemidlede.« (Beck og Sejr, 1977, p. 201) Et af de forhold, der gør sig gældende i undersøgelsens enkelte empiriske delstudier (og særligt inden for lejeretlige og socialretlige spørgsmål), er, at de materielle reglers udformning har betydning for behovet for juridisk bistand. Retsregler er ofte utilgængelige for lægmand og er ofte sågar uheldigt formuleret, hvilket betyder, at de mindst ressourcestærke personer – der også har lavest uddannelse – ikke opnår den retlige beskyttelse, som retten netop tilsigter at give dem. »Lovenes teknisk uheldige formulering, deres indbyrdes kompleksitet og stadig stigende omfang« skaber retsusikkerhed, hvilket yderligere forstærkes af den stigende anvendelse af rammelovgivning,

> »idet den hermed forbundne udstrakte delegation af kompetence til administrative myndigheder har vist sig at være såre følsom over for de økonomiske og politiske konjunkturer med deraf følgende stadige ændringer af praksis på de forskellige retsområder.« (Beck og Sejr, 1977, p. 213)

Dette har en social slagside, idet ressourcesvage grupper hverken har personlige eller uddannelsesmæssige ressourcer til at håndtere problemer og samtidig ikke kan betale for juridisk bistand. Herudover konkluderede undersøgelsen, at der er et påtrængende, men ikke imødekommet behov for retshjælp for de ressourcefattige grupper, særligt inden for familie-, social- og lejeretlige områder. Dvs. inden for områder, der vedrører disse gruppers eksistensbehov. For at imødekomme de ressourcesvages retshjælpsbehov finder undersøgelsen, at retshjælp bør indrettes som uformelle institutioner i tæt tilknytning til lokalmiljøer og med en opsøgende indsats. De bør indrettes som uafhængige institutioner med juridisk ekspertise på højt niveau, men med tilknyttede socialrådgivere og psykologer, da de retlige sager ofte er relaterede til andre problemer. Retshjælpen bør naturligvis være gratis (Beck og Sejr, 1977, p. 217). Undersøgelsens sidste konklusion er, at information om tilbud om juridisk bistand bør styrkes, således at målgrupperne kender til tilbuddene – »... og for at styrke borgernes retssikkerhed og mulighed for at deltage i den demokratiske beslutningsproces«. (Beck og Sejr, 1977, p. 219)

Siden de første studier af retshjælpsbehovet er der kommet flere og lignende undersøgelser til, der afdækker forskellige aspekter af uligheden til retshjælp og behovet for det – herunder behovet for retshjælp til forskellige befolkningsgrupper (Lehmann Kristiansen, 2013, Lehmann Kristiansen, 2009, Dalberg-Larsen og Lehmann Kristiansen, 2014, Graver et al., 2001, Lied, 2013, Juss-Buss og Rønning, 2011). Knut Papendorf sætter retshjælpsbehovet ind i en større teoretisk sammenhæng og påviser, hvordan retliggørelse i Habermas' forstand har en negativ effekt på »retsfjerne« borgere i forhold til deres mulighed for retshjælp i de traditionelle retlige institutioner (Papendorf, 2012).

3. Retshjælpsforskningen internationalt

Allerede i 1919 undersøgte – som Dalberg-Larsen gør opmærksom på (Dalberg-Larsen, 1977, p. 33) – Smith det amerikanske retssystems virkemåde. Smith konkluderede, at de fattigste borgere havde et uopfyldt retshjælpsbehov, og at de blev retligt diskrimineret, idet advokater ikke beskæftigede sig med de fattiges retlige problemer (Smith, 1919). I 1930'ernes USA diskuterede *the Association of American Law Schools* arbejdsløsheden blandt jurister, og det blev påpeget, at der var flere befolkningsgrupper, der ikke benyttede retlige services. Denne tese blev herefter undersøgt nærmere, bl.a. af miljøet fra Yale University, der kan ses som foregangsmiljø for undersøgelser af retlige behov (Pleasence et al., 2001, p. 8). Clark og Corstvet påviste, at der var et

stort uudnyttet potentiale for den juridiske profession, idet de ikke udnyttede de behov for retshjælp, der fandtes. Under halvdelen af den undersøgte del af befolkningen benyttede jurister til at løse konflikter (Clark and Corstvet, 1938). I de følgende år var der blot et mindre antal undersøgelser, der undersøgte behovet for retshjælp, men gennem 1960'erne steg antallet af studier markant, og hovedparten konkluderede: »many people faced with potentially legal problems did not use lawyers« (Pleasence et al., 2001, p. 9).

Et centralt studie er Carlin og Howards undersøgelse, der også konkluderede, at der er forskel i omfanget af retshjælp, som forskellige klasser modtager, og at der er en stor mangel på retshjælp for de fattigste i samfundet. Ud over denne konklusion peger de på fem barrierer, der hindrer de mindst ressourcestærke i at få deres retshjælpsbehov dækket (Carlin og Howard, 1964-1965). For det første mangler disse befolkningsgrupper en erkendelse af, at situationer og problemer kan være retlige problemer, og herved overvejes retlige muligheder for problemløsning ikke. (Carlin og Howard, 1964-1965, p. 424) For det andet kan der være en manglende vilje til at opsøge retshjælp og gå rettens vej blandt de svagest stillede. For det tredje mangler de svagest stillede tillid til og netværk i det retlige felt til advokater og retshjælpere generelt. For det fjerde kan det være vanskeligt at få advokathjælp, hvis man endelig kontakter advokater, da sagerne er for betydningsløse og for lidt økonomisk indbringende for advokaten. Og for det femte er der en økonomisk barriere, nemlig at de fattigste har vanskeligheder ved at kunne betale advokatsalærer. For at komme disse barrierer til livs anbefalede Carlin og Howard en udbygning af offentlige retshjælpskontorer.

Pleasence et al. finder, at med Præsident Johnsons program om »War on poverty«, der lanceredes i 1964, opstod en betydelig interesse for forskning i retshjælp (ibid). Samtidig med udviklingen af nye måder at give retshjælp til fattige befolkningsgrupper i USA på, udvikledes retshjælpsmetoder i resten af verden, herunder i Europa og i de skandinaviske lande. Med udviklingen af retshjælpsinstitutioner opstod undersøgelser, der undersøgte retshjælpsproblematikker – og særligt retshjælpsbehov for mindre ressourcestærke befolkningsgrupper. Dalberg-Larsen (1977) påpeger, at de nye retshjælpstiltag i mange lande fra slutningen af 1960'erne muliggjorde nye typer af undersøgelser, idet der i mange retshjælpsinstitutioner sker en registrering af typerne af problemer, som retshjælperne må tage sig af. Herudover bliver det muligt at lave »opsøgende undersøgelser«, hvor det skjulte retshjælpsbehov søges afdækket (Dalberg-Larsen, 1977, p. 35).

I 1973 kom et andet centralt studie om retshjælpsbehov fra England (Abel-Smith et al., 1973). Det konkluderede i lighed med de tidligere studier, at der fandtes et umættet behov for retshjælp særligt blandt fattige personer. Sam-

tidig klarede dem, der fik retshjælp, sig bedre end dem, der ikke modtog bistand. Undersøgelsen viste også, at der var forskelle på sagskategorier alt efter indkomst, køn og alder, som de sociale grupper udgjorde. Begrundelserne for ikke at bruge advokater var, at man ikke kendte nogen, at man ikke havde tillid til advokater, eller at man troede, at de ville koste for meget.

1960'ernes og de tidlige 1970'eres studier er karakteriseret ved et optimistisk syn på fri retshjælp som løsning på en række problemer for de mindre ressourcestærke befolkningsgrupper. Studierne byggede på en forestilling om, at de kunne afdække skjulte – men faktiske – behov for juridisk bistand hos forskellige befolkningsgrupper. Som (Pleasence et al., 2001, p. 11) skriver:

»Once identified, governments and the legal profession would then work towards meeting it. A background assumption was that people *should* use lawyers for their problems, and when they did not, it counted as 'unmet need'. Little further justification for public funds was deemed necessary.«

I kølvandet på disse optimistiske studier opstod kritik af disse tidlige studier. Kritikken gik både på metoderne og på forskernes normative fundament, der blev skjult i undersøgelsernes metodologi og empiriske fund. I forhold til metoderne vedrørte kritikken, ifølge Pleasence et al. (2001 p. 12), at spørgsmålene i de forskellige surveys og interview var så

»keen to suggest that lawyers were the answer – so much so, that someone who had failed to recognise the 'legal aspect' of a problem might not want to admit they had experienced it.«

Herudover kritiseredes studierne for deres repræsentativitet. Mere alvorlig var den anden form for kritik, nemlig at i diskussionerne om befolkningsgruppers behov blev forskernes egne normative agendaer skjult bag metodologien og de empiriske fund. Med reference til Lewis (1973) bemærker Pleasence et al., at det at definere noget som et retligt problem ikke er et simpelt faktuelt udsagn, men et normativt udsagn om, hvordan et problem bør løses. Pleasence et al. citerer Lewis:

»..if certain problems are spoken of as legal ones, and official support is given to legal methods of solving them, that is to take a particular attitude to problems of that kind, problems which may be capable of solution in some other way, and which may be seen by those most closely involved as best solved in that other way.« (Pleasence et al., 2001, p. 12)

Flere studier fulgte trop og argumenterede, at retlige løsninger med andre ord blot er en ud af flere mulige løsningsmodeller på sociale problemer. Dog fulgte stadig en lang række studier om retlige behov for mindre ressourcestærke grupper i befolkningerne. En måde de tidlige studier blev kritiseret i forhold til begrebet om »udækkede retlige behov«, og som samtidig videreudviklede den type studier var gennem begrebet »supplier-induced demand« (Pleasence et al., 2001, p. 16). Begrebet vandt for alvor frem siden midt i 1990'erne, og det indikerer, at jurister er med til at bestemme, hvor meget og hvilke behov der vil blive dækket. Dvs. behovet er der stadig, men juristerne får en central rolle i konstruktionen af behovet for retshjælp. I forlængelse heraf findes studier, der påviser, hvordan retlige sager konstrueres gennem en »naming, blaming, claiming«-proces (Felstiner et al., 1980).

Et nyere studie er Glenns (Genn, 1999) omfattende undersøgelse fra Storbritannien, der viste, at der er et stort behov – der delvist bliver mødt – for retshjælp. En tredjedel af de adspurgte i undersøgelsen havde haft og fået retshjælp, og en ud af syv havde oplevet mere end et problem. Ofte kom behovet for retshjælp i bunker. Studiet fandt dog ikke en klar sammenhæng mellem indkomst og brug af retshjælp. Glenn konkluderede dog også, at de eksisterende former for retshjælp ikke altid dækkede de behov, der er i samfundet.

Et andet studie er Sommerlads undersøgelse af, hvordan »new public management«-reformer i Storbritannien ændrer måden, hvorpå retshjælp udbydes og ændrer tilgangen til retshjælp. Sommerlad konkluderer, at new public management transformerer tilgangen til retshjælp, ved at den offentlige sektor nu karakteriseres ved »high output but low morale«. Dette betyder, at retshjælp ændres fra at være karakteriseret ved den moralske og politisk engagerede retshjælper, der hjalp med til at »empower« befolkningsgrupper og kæmpe for social retfærdighed til at få nye former for retshjælpere, der får reduceret deres indkomst, bliver overbebyrdede, mister status og generelt mister deres moralske karakter (Sommerlad, 2001).

4. Konklusion

Denne artikel har diskuteret en række særligt tidlige undersøgelser af retshjælp. Den kunne have inddraget yderligere undersøgelser fra forskellige lande og særligt undersøgelser inden for de seneste år. På trods af emnets relevans for en lang række borgere, for jurastuderende der arbejder i retshjælpsinstitutioner og i advokatfirmaer, og for den juridiske profession generelt er det bemærkelsesværdigt, hvor få studier der er foretaget i Danmark af retshjælp og retshjælpsbehovet.

Uanset kritikken vedrørende de fleste af studiernes normative karakter, står det klart, at der er forskel på, hvor meget retshjælp forskellige befolkningsgrupper anvender, og at dette i høj grad er indkomstafhængigt. Ydermere viser undersøgelserne, at også de svageste i samfundet kan have brug for retshjælp, men at disse grupper er vanskelige at nå selv med opsøgende retshjælp. Undersøgelserne påpeger ligeledes, at retshjælpsprojekter målrettet ressourcefattige befolkningsgrupper er tæt knyttet til idealistiske jurister, ligesom selve studierne er af retspolitisk karakter, idet de har det normative fundament, at de ønsker at forbedre retsstillingen og »empower« disse befolkningsgrupper.

Referencer:

ABEL-SMITH, B., ZANDER, M. & BROOKE, R. 1973. Legal Problems and the Citizen: A Study in three London Boroughs, London, Heinemann.

BECK, S. & SEJR, L. 1977. Retshjælpsbehov og retshjælpstilbud – en afsluttende teoretisk og retspolitisk diskussion. In: SEJR, L. (ed.) Retshjælp i et lokalområde. Aarhus: Aarhus Universitet.

CARLIN, J.E. & HOWARD, J. 1964-1965. Legal Representation and Class Justice. UCLA L. Rev., 12, 381-437.

CLARK, C.E. & CORSTVET, E. 1938. The Lawyer and the Public: An A.A.L.S Survey. Yale Law Journal, 47, 1972-93.

DALBERG-LARSEN, J. 1977. Retshjælpsproblemer i et historisk perspektiv. Om behovet for retshjælp og om ideologi, praksis og forskning på retshjælpsområdet. In: SEJR, L. (ed.) Retshjælp i et lokalområde. Aarhus Universitet.

DALBERG-LARSEN, J. & LEHMANN KRISTIANSEN, B. 2014. Lovene og livet: En retssociologisk grundbog, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

EIDESEN, A., ESKELAND, S. & MATHIESEN, T. 1975. Rettshjelp og samfunnsstruktur, Oslo, Pax Forlag.

ESKELAND, S. 1975. Innledning. In: EIDESEN, A., ESKELAND, S. & MATHIESEN, T. (eds.) Rettshjelp og samfunnsstruktur. Oslo: Pax Forlag.

ESKELAND, S. & FINNES, J. 1973. Rettshjelp, Oslo, Pax.

FELSTINER, W.L.F., ABEL, R.L. & SARAT, A. 1980. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . Law & Society Review, 15, 631-654.

GENN, H. 1999. Paths to Justice: What people do and think about going to law, Oxford, Hart Publishing.

GRAVER, A.B., SKAUG, V., STRÅLBERG, R. & TANGEN, B. 2001. Rettshjelp 2001: Behovet for rettshjelp i Oslos befolkning – deriblant et utvalg innvadrekvinner. Juss-Buss Stensilserie. Universitetet i Oslo, Institutt for kriminologi og rettssosiologi.

HABERMAS, J. 1987. Theory of Communicative Action: A Critique of Functionalist Reason, Cambridge, Polity Press.

HAMMERSLEV, O. & MATHIESEN, T. 2013. Marxistisk retssociologi. In: HAMMERSLEV, O. & MADSEN, M. R. (eds.) Klassisk og moderne retssociologi. Centrale temaer og tekster. København: Hans Reitzels Forlag.

JOHNSEN, J.T. 1987. Retten til juridisk bistand, Oslo, Tano.

JUSS-BUSS & RØNNING, O.H.R. 2011. Med loven mot makta: Juss-Buss førti år, Oslo, Novus Forlag.

LEHMANN KRISTIANSEN, B. 2009. Retshjælp i Danmark. Delrapport I: Beskrivelse af retshjælpstilbuddene. Justitsministeriets forskningsrapport.

LEHMANN KRISTIANSEN, B. 2013. Retshjælp – fortsat et udækket behov? In: GAMMELTOFT-HANSEN, T., KOCH, I.E., LEHMANN KRISTIANSEN, B. & SCHAUMBURG-MÜLLER, S. (eds.) Protecting the Rights of Others. København: DJØF-Forlag.

LEWIS, P. 1973. Social needs and legal action. In: MORRIS, P., WHITE, R. & LEWIS, P. (eds.) Social Needs and Legal Action. Oxford: Martin Roberston.

LIED, C. 2013. Gatejurister: Oppsøkende rettshjelp til folk med rusrelaterte problemer, Oslo, Akademika forlag.

MATHIESEN, T. 1975. Noen konlusjoner om rettshjelp, rettspolitikk og samfunnsstruktur. In: EIDESEN, A., ESKELAND, S. & MATHIESEN, T. (eds.) Rettshjelp og samfunnsstruktur. Oslo: Pax.

PAPENDORF, K. 2012. Rett for alle? Rettsliggjøring og rettsfjerne personers mulighet til å mobilisere retten, Oslo, Novus forlag.

PLEASENCE, P., BUCK, A., GORIELY, T., TAYLOR, J., PERKINS, H. & QUIRK, H. 2001. Local Legal Need. London: Legal Services Research Centre.

SEJR, L.E. 1977. Retshjælp i et lokalområde, Aarhus, Aarhus Universitet.

SMITH, R.H. 1919. Justice and the Poor: A Study of the Present Denial of Justice to the Poor and of the Agencies Making More Equal Their Position Before the Law, with Particular Reference to Legal Aid Work in the United States. Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching.

SOMMERLAD, H. 2001. 'I've lost the plot': An Everyday Story of the 'Political' Legal Aid Lawyer. Journal of Law and Society, 28, 335-60.

Hadforbrydelse – giver det mening?

Af Linda Kjær Minke og Thomas Elholm

1. Introduktion til begrebet hadforbrydelse

Begrebet »hadforbrydelse« stammer oprindeligt fra USA: »hate crime.« Det refererer til den situation, at gerningspersonens handling er båret af et bestemt »hadmotiv« i form af had mod bestemte grupper. Det er især den hvide mands voldsforbrydelser mod sorte, som har givet anledning til fremvæksten af begrebet »hadforbrydelse«, og i retlig sammenhæng er der typisk tale om særlig strafskærpelsesregel, som skærper straffen for forbrydelser med et hadmotiv. I mange delstater i USA i dag er det ikke længere alene racistiske motiver, som begrunder strafskærpelse, men også forbrydelser motiveret af had til personer af en politisk orientering, med et bestemt handikap eller f.eks. medlemskab af en fagforening.

Begrebet hadforbrydelse har særligt de seneste 10 år vundet indpas i dansk sammenhæng. Denne artikel har til hensigt at beskrive og diskutere begrebet, og navnlig, om og i hvilken udstrækning det giver mening at lade hadmotivet være afgørende for strafudmåling i dansk sammenhæng.

En dansk ordbog definerer hadforbrydelse som en:

> »Forbrydelse som er motiveret af gerningsmandens had mod en anden social gruppe, defineret på grundlag af køn, religiøs eller politisk overbevisning, etnicitet eller seksuel orientering.«[1]

Begrebet »hadforbrydelse« rummer dermed gruppefokuserede antipatier, men opregningen af disse antipatier i ordbogen skal næppe forstås udtømmende. De er nok snarere udtryk for det, som i daglig tale almindeligvis opfattes som en »hadforbrydelse.« Det drejer sig i daglig tale vel typisk om had mod f.eks. folk af anden etnisk oprindelse end dansk eller homoseksuelle. Derimod er det næppe almindeligt at opfatte det som hadforbrydelse, hvis man f.eks. skubber til en cyklist, fordi man hader cyklister.

Begrebet hadforbrydelse har tilsyneladende en stærk retorisk gennemslagskraft (Brudholm, 2013: 31). Det kan bl.a. aflæses i hyppigheden af me-

1. Ordnet.dk. 2015.

diernes anvendelse af begrebet. Ved en søgning i Infomedia på mindst et af ordene »hadforbrydelse« eller »hadforbrydelser« i landsdækkende dagblade for hele perioden fra den 1. januar 1990 til den 15. oktober 2015, fremkommer 536 artikler.[2] Oversigten viser, at første gang, begrebet anvendes i de landsdækkende dagblade i søgeperioden, er den 7. februar 1991, hvor Politiken skriver, at USA's deltagelse i Golfkrigen har ført til en dramatisk stigning i antallet af »hadforbrydelser« mod arab-amerikanerne.[3] Begrebet hadforbrydelse er på daværende tidspunkt oftest sat i citationstegn, når det anvendes i den offentlige debat. Det er ikke længere tilfældet, og det indikerer, at begrebet i den offentlige debat nu opfattes som et relativt almindeligt ord med et betydningsindhold, der er nogenlunde klart. Alligevel indikerer elementer i debatten i dag, at der fortsat er problemer med at forstå, hvad en hadforbrydelse mere præcist er. Debatten indikerer også, at uklarheden fører til problemer i administrativ praksis.

Det fremgår f.eks. af artikeloversigten fra Infomedia, at adskillige artikler omhandler politiets praksis på området, og den afslører en mangelfuld registrering af hadforbrydelser.[4] Den mangelfulde registrering kan skyldes uklarhed om definitionen af begrebet.

Artiklerne berører gennemgående det overordnede sproglige tema om betydningstilskrivning af begrebet hadforbrydelse med diskussioner om, hvilke forbrydelsestyper der er omfattet af begrebet. Kvinder, der bærer religiøst tørklæde, har oplevet sig chikaneret i forbindelse med, at andre personer har hevet i deres tørklæde,[5] og et lesbisk par måtte flytte fra en mindre nordjysk by på grund af chikane i form af anonyme sedler i postkassen og køkkenaffald, der blev kastet ind på parrets matrikel.[6] Spørgsmålet er, om den slags eksempler ligefrem kan karakteriseres som hadforbrydelse, eller det blot er mindre alvorlige handlinger af chikanøs karakter.

En række artikler beskæftiger sig udtrykkeligt med spørgsmålet, hvordan en hadforbrydelse defineres.[7] På det seneste har diskussionen drejet sig om, hvorvidt forbrydelser i form af graffiti og gravskænderi er udtryk for »drenge-

2. Alle medier (536) heraf Arbejderen (16), B.T. (13), Berlingske (65), Berlingske Tidende (15), BT (29), Børsen (1), Ekstra Bladet (22), Information (53), JP Aarhus (8), JP Århus (2), Jyllands-Posten (77), Jyllands-Posten Øst (1), Kristeligt Dagblad (92), Politiken (117), Weekendavisen (25).
3. Politiken 1991.
4. Eksempelvis Fogt & Hansen 2009; Søndergaard 2011: Sejr 2012.
5. Omar & Sheikh 2014.
6. BT (2014).
7. Berlingske Tidende 2002; Kristeligt Dagblad 2002; Wilhjelm 2015; Khader 2015.

streger« eller hadforbrydelser.[8] Sondringen kan – alt efter omstændighederne – være relevant i retlig sammenhæng, f.eks. når det gælder anklageskrift og domfældelse, og det kan være relevant i relation til andre samfundsforhold, f.eks. kriminalpræventive strategier.

Der findes ingen legaldefinition af begrebet i dansk ret, men begrebet hadforbrydelse associeres ofte med navnlig to bestemmelser i straffeloven. De omtales nærmere nedenfor. Det kan nævnes, at et gennemgående tema for de mange artikler vedrører netop retspraksis,[9] deriblandt strafskærpelser i de tilfælde, hvor det lykkes anklagemyndigeden at løfte bevisbyrden for anvendelse af § 81, nr. 6.

2. Begrebet hadforbrydelse i retlig sammenhæng

Når begrebet hadforbrydelse anvendes i relation til retlige forhold i dansk sammenhæng, refererer det typisk til enten reglen om skærpende omstændigheder i strl. § 81, nr. 6, eller til racismeparagraffen i strl. § 266 b. Begge bestemmelser rummer en række kategorier af egenskaber eller personlige karakteristika som race, hudfarve, etnicitet etc., der dermed indgår i den retlige bedømmelse af, om de pådømte handlinger er omfattet af de pågældende bestemmelser.

Strl. § 266 b er en selvstændig type forbrydelse, som kriminaliserer hadefulde ytringer mod visse persongrupper i offentligt rum. Bestemmelsen lyder således:

»Den, der offentligt eller med forsæt til udbredelse i en videre kreds fremsætter udtalelse eller anden meddelelse, ved hvilken en gruppe af personer trues, forhånes eller nedværdiges på grund af sin race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering, straffes med bøde eller fængsel indtil 2 år.«

En forudsætning for at anvende bestemmelsen er, at ytringerne har baggrund i ønsket om at true, forhåne eller nedværdige en gruppe. Hvis man derimod råber efter en taxachauffør, at han er et perkersvin, fordi han er ved at køre en ned, så vil ytringen som udgangspunkt ikke falde under § 266 b. Her har ytringen baggrund i et skænderi eller uoverensstemmelse mellem de to.

§ 81, nr. 6, lyder således:

8. Information 2015.
9. Eksempelvis Dahlgaard 2007; Hvilsom & Fjordbo 2013.

»Det skal ved straffens fastsættelse i almindelighed indgå som skærpende omstændighed, at gerningen har baggrund i andres etniske oprindelse, tro, seksuelle orientering eller lignende.«

Strl. § 81, nr. 6, blev indsat i straffeloven sammen med de øvrige skærpende omstændigheder i § 81 i 2004 (lov nr. 218 af 31. marts 2004). Det var ikke meningen, at nr. 6 om hadforbrydelser skulle udgøre en ændring i forhold til tidligere. Der var alene tale om en kodificering af hidtidig praksis, hvorefter den slags hadmotiver var tillagt vægt. Bestemmelsen havde således som de øvrige numre i § 81 et katalogpræg; et katalog over typisk skærpende omstændigheder, som kunne tjene til at oplyse om og klargøre retstilstanden.

Som det fremgår af § 81, nr. 6, er bestemmelsen ikke en selvstændig kriminalisering. Den kræver alene, at det normalt tillægges strafskærpende betydning, hvis kriminelle handlinger har baggrund i andres etniske oprindelse, tro, seksuelle orientering eller lignende. Bestemmelsen knytter sig (i princippet) til alle andre typer forbrydelser – også overtrædelser af speciallovgivningen – så elementer omfattet af bestemmelsen i almindelighed skal anses for en skærpende omstændighed ved udmåling af straf for lovovertrædelser. Bestemmelsen vil dog typisk blive anvendt i forbindelse med voldsforhold, hvor straffen vil blive skærpet i forhold til lignede voldstilfælde uden hadmotivet. Men den kan f.eks. også anvendes på et tilfælde af økonomisk kriminalitet, hvor penge ulovligt tilvejebringes for en racistisk organisation. Det er dog i praksis næppe særligt relevant.

§ 81, nr. 6, anvendes i tilfælde, hvor motivet for handlingen er helt eller delvist beroende på et hadefuldt forhold til de nævnte grupper. Det er ikke afgørende, om det er en mindretalsgruppe eller flertallet af befolkningen. Hvis en person med anden etnisk baggrund (end dansk) begår forbrydelser mod etniske danskere, fordi vedkommende hader danskere, finder bestemmelsen som udgangspunkt (også) anvendelse. Det kan være svært at afgøre, om en handling er motiveret af had til de pågældende grupper. I U 2009.83 Ø havde tiltalte øvet vold mod og råbt perker til en togrevisor. Der dømtes for vold, men § 81, nr. 6, blev ikke anvendt. Retten fandt det ikke bevist, at volden havde baggrund i revisorens etniske oprindelse. Omvendt refererer Rigsadvokaten en byretssag således:

»I sag nr. 2 (dom afsagt af Retten i Århus den 7. juni 2007, fængsel i 30 dage) blev en 43-årig tiltalt (T), der tidligere var straffet for bl.a. berigelseskriminalitet, overtrædelse af våbenloven og bekendtgørelse om euforiserende stoffer, dømt for overtrædelse af straffelovens § 121 ved at have råbt »perkersvin« efter en politibetjent, der var af anden etnisk herkomst, og ved at have udtalt: »Hvad laver du i mit land?«, mens han hævede armen og efterlignede en nazistisk hilsen (sagens forhold 3). T blev endvidere dømt for besiddelse

af 0,5 g hash til eget brug, overtrædelse af våbenloven med hensyn til en kniv samt for butikstyveri. Om straffastsættelsen fremgår følgende af byrettens dom: Det er ved straffens fastsættelse som skærpende omstændigheder indgået, at tiltalte en gang tidligere er dømt for overtrædelse af våbenlovgivningen og mange gange tidligere er dømt for butikstyveri, og at forhold 3 har baggrund i forurettedes etniske oprindelse.«[10]

Som det fremgår, nævner § 81, nr. 6, ikke noget om race, hudfarve og national oprindelse. De personlige karakteristika synes altså efter ordlyden ikke at være identiske med dem, som er nævnt i § 266 b. Men for det første anvendes i § 81, nr. 6, begrebet »eller lignende«. Opregningen i § 81, nr. 6, er altså ikke udtømmende. For det andet fremgår det af forarbejderne, at de pågældende karakteristika i § 81, nr. 6, som udgangspunkt er identiske med dem, som er nævnt i § 266 b. Det vil sige, at de relevante karakteristika for begge paragraffers vedkommende er »race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering«. For det tredje er gerningspersonens motiv et generelt udmålingskriterium i dansk ret, som efter strl. § 80 kan anvendes ved strafudmåling for alle lovovertrædelser. § 81, nr. 6, er således blot udtryk for et generelt princip i dansk strafferet og en indikation af, at lovgiver normalt ønsker disse motiver tillagt vægt ved strafudmålingen.

Samlet set er det altså »race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering«, der er de relevante karakteristika for både § 81, nr. 6, og for § 266 b. I relation til § 81, nr. 6, er det imidlertid ikke udelukket, at der kan være andre karakteristika, som kan begrunde en skærpet udmåling. Det følger dels af ordlyden (»eller lignende«), dels af det forhold, at dommeren som udgangspunkt – og under hensyn til ensartetheden i retsanvendelsen – er meget frit stillet med hensyn til, hvilke af sagens konkrete omstændigheder der skal indgå i udmålingen. Dommeren kan principielt lægge vægt på mange andre aspekter vedrørende had og diskrimination end de, som er nævnt i § 81, nr. 6.

3. Forholdet mellem almindelig sprogbrug og straffelovens bestemmelser

I den danske ordbog, som citeret ovenfor, hører køn og politisk overbevisning også til de karakteristika, som kan indgå i en hadforbrydelse. I § 81, nr. 6, og § 266 b, nævnes ingen af disse karakteristika. De kan dog teoretisk set,

10. Redegørelse om anvendelse af straffelovens § 81, nr. 6 og nr. 7, samt sager om overtrædelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v. Rigsadvokaten, J.nr. RA 2006-120-0033, april 2008.

jf. ovenfor om motivets generelle betydning for strafudmålingen, være omfattet af § 81, nr. 6.

Et interessant spørgsmål er, om den almindelige forståelse af begrebet hadforbrydelse kan smitte af på anvendelsen af § 81, nr. 6. Som udgangspunkt burde en sådan afsmittende effekt være udelukket på grund af legalitetsprincippets krav om forudsigelighed i strafferetten. I tråd hermed antages det således også, at f.eks. had til personer på grund af deres politiske holdning ikke er omfattet af § 81, nr. 6 (der står jo ikke noget i ordlyden om »politisk holdning«). En handling som den norske Breiviks angreb på unge socialdemokrater ville således ikke være omfattet af § 81, nr. 6.[11] På den anden side er det værd at være opmærksom på, at der ikke stilles samme krav til forudsigelighed vedrørende strafudmåling, som vedrørende selve strafansvaret. Hvis strafbetingelserne først er opfyldt, og personen er dømt skyldig, har personen ikke samme krav på klarhed og forudsigelighed med hensyn til udmålingen af straffen. For det andet kan dommeren som nævnt generelt inddrage motivet i strafudmålingen, jf. strl. § 80. Den tilfældige meningsløse vold på gaden (i modsætning til f.eks. vold mod en person, som har provokeret gerningspersonen) er således utvivlsomt en udmålingsfaktor i dansk ret.[12] For det tredje nævner § 81, nr. 6, jo netop »eller lignende«, og det kan måske med tiden være nærliggende at fortolke det i overensstemmelse med en fast forståelse af, hvad der er en hadforbrydelse.

Der er gennemført en række undersøgelser om udbredelsen af hadforbrydelser m.v. Siden 2008 har offerundersøgelsen foretaget i regi af Justitsministeriet søgt at belyse, i hvilket omfang vold og røveri er opfattet af offeret som udtryk for gerningspersonens racisme og/eller homo eller transfobi. Straffelovens § 266 b og § 81, nr. 6, fortolkning af »seksuelle orientering« afgrænses således til homoseksualitet og transseksualitet, imens fetichisme eksempelvis udelades. Af offerundersøgelsen fremgår det, at »der kan være andre former for hadforbrydelser, eksempelvis politisk eller religiøst motiveret, men disse er der ikke spurgt til i denne undersøgelse.« (Balvig et al. 2014: 74). Tro er som bekendt inkluderet som egenskab jf. straffelovens § 266 b. hvorimod politik ikke indgår. At begrebet »politik« derved nævnes, kan opfattes som et forsøg på at udvide betydningen af hadforbrydelser.

Institut for Menneskerettigheder udgav i 2011 udredningen »Hadforbrydelser i Danmark – vejen til en effektiv beskyttelse«, der undersøgte, hvorvidt procedurer og praksis hos politi, anklagemyndighed og domstole sikrede en effektiv beskyttelse mod hadforbrydelser. Af udredningen fremgår det, at

11. Politisk orientering er ikke nævnt i § 81, nr. 6. Se endvidere Garde 2015: 112.
12. Garde 2015: 112.

»hadforbrydelsesbegrebet er et internationalt begreb (»hate crimes«), der bruges som en overordnet betegnelse for en række forbrydelser, ofte vold, motiveret af fordomme og had til offeret på grund af offerets tilhørsforhold til en bestemt gruppe, f.eks. køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, seksuelle orientering eller funktionsnedsættelse.« (Andersen & Nour 2011:10). Samtidig fastslår udredningen, at begrebet i en dansk kontekst knytter sig til straffelovens § 81, nr. 6, det vil sige race, etnicitet, tro, seksuelle orientering eller lignende. Straffelovens § 266 b, der betoner egenskaben »hudfarve«, inkluderes ikke af Institut for menneskerettigheder, hvor opremsningen der omfatter køn og funktionsnedsættelse kan opfattes som et forsøg på at udvide definitionen.

I 2014 fik COWI til opgave at gennemføre en systematisk kortlægning af omfanget af oplevede og faktiske hadforbrydelser blandt et repræsentativt udsnit af befolkningen. Rapporten kortlægger således hadforbrydelser, der formodes at være motiveret af fordomme mod identitetskategorier, som gerningspersonen tillægger eller knytter til et givent offer. I rapporten er ni motiver eller egenskaber ved en social gruppe, som lægger sig op af dansk lovgivning samt international ret og praksis. Egenskaberne er køn, kønsidentitet, alder, handicap, seksuel orientering, etnisk oprindelse og hudfarve, religion og tro, politisk eller anden anskuelse samt social status. COWI's kortlægning udvider dermed viften af egenskaber, som straffelovens § 266 b nævner, betragteligt. Resultatet er, at kortlægningen og herunder udbredelsen af hadforbrydelser omfatter tilfælde, hvor det er tvivlsomt, om motivet er had.

4. Lidt om Norge og Sverige

§ 81, nr. 6, er skrevet ind i straffeloven med inspiration fra Brottsbalken i Sverige, nemlig bestemmelsen i 29. kap., 2. og 3. §§, som nævner »ras, hudfärg, nationallt eller etnisk ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning eller annan liknande omständighet.« Bortset fra »trosbekännelse« svarer bestemmelsen i Brottsbalken til det, som normalt fortolkes ind under § 81, nr. 6, jf. ovenfor. Man skulle tro, at det var et bevidst fravalg af den danske lovgiver. På den anden side må det igen understreges, at opremsningen i § 81, nr. 6, ikke er udtømmende, og ordene »race, hudfarve og national oprindelse« er jo ikke nævnt i § 81, nr. 6, men antages alligevel på baggrund af forarbejderne at være omfattet.

Også i den norske straffelov (fra 2005) har man en bestemmelse om skærpet strafudmåling i forbindelse med hadforbrydelser. Det skal tillægges vægt i skærpende retning, hvis en forbrydelse har sin baggrund i »andres religion

eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, funksjonsevne eller andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern.« Bestemmelsen er noget anderledes end den danske § 81, nr. 6. For det første nævnes en række andre forhold, som f.eks. funktionsevne (handikap) og livssyn. For det andet er det en »mindretalsbeskyttelse«, og bestemmelsen vil efter ordlyden kun finde anvendelse i tilfælde, hvor hadmotivet er rettet mod persongrupper med et særligt behov for beskyttelse. I dansk lovgivning kendes også til straffebestemmelser, som skal give visse persongrupper særlig beskyttelse, f.eks. § 119 om vold m.v. mod tjenestemand i funktion, hvor strafferammen er højere end i den almindelige voldsbestemmelse i § 244. Bestemmelsen i § 119 er dog ikke knyttet op på motivet for handlingen.

Det drøftes fra tid til anden, om der bør være flere karakteristika, som omfattes af bestemmelsen i § 81, nr. 6. Det er f.eks. blevet betragtet som et problem, at handicap ikke er omfattet,[13] og det diskuteres, om det at være en offentlig person og dermed »kendis« kan være omfattet.[14] Danske politikere medgiver, at konvertitter, der har været udsat for vold eller trusler om vold, bør opfattes som ofre for hadforbrydelser, hvorfor konvertit i den offentlige debat åbenbart er et relevant karakteristika,[15] og i USA vedtog man i 2009 en lov om hadforbrydelser, hvor køn indgår som karakteristika.[16]

5. Kort om international ret

Formålet med både § 81, nr. 6, og § 266 b, er naturligvis at bekæmpe racisme og anden hadefuld dæmonisering mellem befolkningsgrupper. Der findes flere internationale retsakter, som adresserer samme formål, og som medfører en pligt for Danmark til at bekæmpe den slags, herunder ved kriminalisering af hadefulde ytringer m.v. Den ene er EU's rammeafgørelse om racisme og fremmedhad fra 2008. Den anden er FN's racediskriminationskonvention fra 1965.[17]

13. Bech-Jessen & Henriksen 2010.
14. Vestergaard 2014.
15. Rasmussen 2009.
16. Nyholm 2009.
17. Rådets rammeafgørelse 208/913/RIA af 28. november 2008 om bekæmpelse af visse former for og tilkendegivelser af racisme og fremmedhed ved hjælp af straffelovgivningen. FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination fra 1965. Begge retsakter er implementeret i dansk ret.

Af rammeafgørelsens præambel fremgår, at racisme og fremmedhad »er direkte krænkelser af principperne om frihed, demokrati, respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet.« Af FN-konventionen fremgår af præamblen, at »De forenede Nationers pagt hviler på principperne om alle menneskers naturlige værdighed og lige ret, og at samtlige medlemsstater har forpligtet sig til i fællesskab og hver for sig i samarbejde med organisationen at virke for opfyldelsen af det af De forenede Nationers formål, som går ud på at fremme og styrke den almindelige respekt for og overholdelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder for alle uden forskel med hensyn til race, køn, sprog eller religion«.

Rammeafgørelsen omfattende følgende karakteristika: race, hudfarve, religion, herkomst eller national eller etnisk oprindelse. FN-konventionen nævner i artikel 1 race, hudfarve, afstamning eller national eller etnisk oprindelse. Der nævnes altså ikke noget om »køn, sprog og religion«, som ellers fremgår af præamblen. Det ville være nærliggende som jurist at slutte, at det er et bevidst fravalg.

Ifølge artikel 4 I FN-konventionen har staterne bl.a. pligt til, at

> »Kriminalisere al udbredelse af ideer, der hviler på racemæssig overlegenhed eller racehad, tilskyndelse til diskrimination og alle voldshandlinger eller tilskyndelse til sådanne handlinger imod enhver race eller persongruppe af anden hudfarve eller etnisk oprindelse samt ydelse af enhver bistand til raceforfølgelser, herunder deres finansiering«.

Ifølge rammeafgørelsens artikel 1 skal landene træffe de nødvendige foranstaltninger »for at sikre, at følgende forsætlige adfærd er strafbar: a) offentlig tilskyndelse til vold eller had rettet mod en gruppe af personer eller et medlem af en sådan gruppe, der er defineret under henvisning til race, hudfarve, religion, herkomst eller national eller etnisk oprindelse«.

Rammeafgørelsen kræver endvidere efter artikel 4, at landene træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, »at racistiske og fremmedfjendske motiver betragtes som skærpende omstændigheder, eller at sådanne motiver alternativt tages i betragtning af domstolene ved strafudmålingen.«

6. Formålet

Som det fremgår af de to citater fra de internationale retsakter ovenfor, truer racisme og fremmedhed grundlæggende elementer i den vestlige statsform og en bekæmpelse heraf er derfor afgørende for vort retssamfund. Strafferetten

tages i brug overalt i vort samfund til at bekæmpe uønsket adfærd og således også i dette tilfælde. Det fremgår endda af de internationale retsakter, at Danmark er forpligtet til at tage strafferetlige midler i brug.

Det er desværre langtfra altid, at strafferetlige midler er effektive med henblik på at undgå uønskede handlinger. Den ultrakorte version af de almindelige, generelle videnskabelige antagelser er, at kriminalisering begrænser de uønskede handlinger (om end med til tider betydelige bivirkninger), men at straffens størrelse spiller en underordnet rolle, og især strafforhøjelser bringer sjældent væsentlige kriminalpræventive gevinster (Balvig 2006). Set i det lys opfylder straffens § 266 b således sit formål, mens § 81, nr. 6, næppe bringer nævneværdige kriminalpræventive gevinster. Den eventuelle præventive effekt af § 81, nr. 6, svækkes i øvrigt yderligere af, at der næsten ikke er domfældelser efter bestemmelsen. Rigsadvokaten indførte for året 2007 en indberetningsordning og indsamlede fra politikredsene alle sager vedrørende § 81, nr. 6, hvor der var givet tiltalefrafald (jf. rpl. § 722), domfældelse og frifindelse. I otte ud af de i alt 10 indberettede sager det pågældende år blev det lagt til grund, at forbrydelsen – helt eller delvist – havde baggrund i den forurettedes etniske oprindelse, tro, seksuelle orientering eller lignende. I de to sidste tilfælde afviste retten en sådan sammenhæng. Hovedparten af de otte sager vedrørte grov eller simpel vold. Antallet af sager skal ses på baggrund af, at der i 2007 blev afgjort over 11.000 sager om voldsforbrydelser.[18]

Rigsadvokaten anfører i sin redegørelse bl.a., at den omfatter relativt få sager, men at dette »dog næppe [kan] tages som udtryk for, at der ikke i videre omfang begås strafbare forhold, der har baggrund i etnisk oprindelse«[19] m.v. Det skyldes f.eks., at det ikke altid er muligt at finde gerningsmanden, eller at de nødvendige oplysninger ikke altid fremgår af anmeldelsen eller fremkommer ved efterforskningen. Rigsadvokaten bemærker tillige, at der kan »foreligge forhold, hvor der nok er en formodning om, at motivet kan være etnisk oprindelse mv., men hvor det ikke er muligt at føre et tilstrækkeligt bevis herfor«.[20] På den anden side anfører Rigsadvokaten også, at antallet af indberettede sager, hvor beviserne ikke er tilstrækkelige, er begrænset, og der kan samtidig være sager, hvor man umiddelbart kan tro, at forbrydelsen er motiveret af had til bestemte grupper, men hvor diskriminerende udtryk »er anvendt som rene skældsord i en konflikt, der i realiteten må antages at vedrøre andre forhold«.[21] Rigsadvokaten anfører endvidere, at hadmotiver må

18. Jf. Danmarks Statistik 2007:18.
19. Rigsadvokaten 2008:15.
20. Ibid.
21. Ibid.

antages at blive tillagt en »væsentlig betydning af domstolene«. Det er ganske vist ikke muligt »at angive mere præcist, hvilken indflydelse motivet har haft på strafudmålingen i de konkrete sager i undersøgelsen«, men det »generelle indtryk af strafudmålingen i de sager, hvor straffelovens § 81, nr. 6 eller nr. 7, har fundet anvendelse, er dog, at der er udmålt højere straffe, hvis straffen ses i forhold til det sædvanlige strafniveau.«[22]

Som det fremgår af Rigsadvokatens undersøgelse, anvendes § 81, nr. 6, ikke særligt ofte. Det er dog muligvis blevet hyppigere siden 2007, om end der f.eks. i UfR og TfK kun er to domme vedrørende § 81, nr. 6, U 2008.65 Ø (buschauffør) og U2009.83 Ø (togrevisor), og i ingen af dem fandt landretten det bevismæssige grundlag opfyldt for at anvende bestemmelsen.

Et andet formål (end kriminalprævention) kan være et ønske om via straffelovgivningen at signalere samfundets grundlæggende værdier, uanset om det har en præventiv effekt eller ej. I en række tilfælde er der de sidste 10-15 år gennemført ændringer af straffeloven, som netop har haft som sit primære formål at signalere afstandtagen til bestemte former for adfærd. I nogle tilfælde har forslagsstillerne endog givet direkte udtryk for, at man ikke forventede præventiv effekt af de nye regler.[23] Bestemmelsen i § 81, nr. 6, kan siges at opfylde et sådant formål. Det kan også anføres, at selvom der kun er få tilfælde årligt, har det også en klar signalværdi, at domstolene omhyggeligt følger lovgivers intentioner og udmåler en højere straf i sager, hvor bevisgrundlaget for anvendelse af § 81, nr. 6, er opfyldt (jf. Rigsadvokatens redegørelse).

7. Hvad er meningen?

Forbrydelser – i hvert fald de grove – er en grim ting, og hadforbrydelser er endnu grimmere. Grove forbrydelser med baggrund i fordomme og had mod bestemte persongrupper truer grundlæggende værdier i vort samfund, og de må naturligvis bekæmpes.

Straffelovens § 81, nr. 6, kodificerer den retspraksis, som allerede inden bestemmelsen vandt indpas i straffeloven, var gældende ret. Domstolene har generelt tillagt motivet for forbrydelsen vægt, og i et eller andet omfang har det indgået som skærpende omstændighed, at gerningen havde baggrund i andres etniske oprindelse, tro, seksuelle orientering eller lignende. Det er i tråd med traditionelle, almindelige udmålingsprincipper i dansk ret, hvor gerningspersonens bevæggrunde tillægges vægt, jf. også strl. § 80.

22. Ibid.:16.
23. Elholm 2011.

Internationale forpligtelser kræver desuden, at Danmark anvender strafferetlige midler til at bekæmpe racisme og fremmedhad, og EU's rammeafgørelse kræver skærpet straf ved offentlig tilskyndelse til vold eller had rettet mod en gruppe af personer eller et medlem af en sådan gruppe, der er defineret under henvisning til race, hudfarve, religion, herkomst eller national eller etnisk oprindelse.

Den præventive effekt af en strafskærpelsesregel som § 81, nr. 6, skal man nok ikke have høje forventninger til. På den anden side indeholder dansk straffelovgivning, som så mange andre landes lovgivning, også strafferetlige regler, der ikke primært har til formål at virke general- eller individualpræventive, men som skal signalere bestemte samfundsmæssige holdninger eller værdier. Bestemmelsen er ganske vist ikke brugt særligt ofte, og den giver anledning til visse udfordringer (bevismæssige m.v.) i praksis, men den anvendes trods alt i flere sager årligt, hvilket viser, at den rent faktisk kan håndteres i praksis. § 81, nr. 6, giver således alt i alt god mening.

Hvis bestemmelsen udvides til at omfatte andre personkarakteristika end de nuværende – som altså er »race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering« – skal der imidlertid efter vor mening udvises varsomhed. Det skyldes en række principielle og en række praktiske forhold.

De praktiske problemer består især i bevisvanskeligheder, der fører til øget sagsbehandlingstid og ressourceforbrug hos politi og anklagemyndighed, men også i problemet med at identificere hadmotivet blandt andre motiver og herefter afgrænse, om der de facto er udtryk for et decideret hadmotiv. Disse problemer vil forstærkes, hvis antallet af karakteristika udvides. I nogle tilfælde vil der være tale om anseelige praktiske problemer. Hvis kredsen af karakteristika udvides til at omfatte meget generelle kriterier, som f.eks. alder eller køn, vil en meget stor mængde sager potentielt skulle inddrages med stort ressourceforbrug til følge.

Der knytter sig også en række kausalitetsbetingede problemstillinger til f.eks. køn og alder. Når en person bekræfter, at have været udsat for en forbrydelse f.eks. vold og derefter bekræfter, at forbrydelsen skyldtes den adspurgtes (offeret) køn, vil konklusionen være, at motivet hos gerningspersonen var had eller fordomme mod kvinder. Men volden kan også forklares med relationen partnerne imellem. Det samme problem opstår i forhold til alder, hvor motivet ikke behøver at blive forklaret med had til ældre, men kan skyldes, at ældre personer er fysisk underlegne og dermed af nogle gerningspersoner kan opfattes som nemmere ofre.

Der er en række af de andre karakteristika, som giver anledning afgrænsningsproblemer. Kendisser har været på tale, jf. ovenfor. Hvor kendt skal man være?

Desuden er social status såsom hjemløshed nævnt. Men hvor udsat skal en person være for at blive omfattet af strl. § 81, nr. 6?

De praktiske problemer er nært forbundet med en række principielle indvendinger. De bevismæssige vanskeligheder, og problemerne med klart at afgrænse, hvornår noget er omfattet af bestemmelsen, giver risiko for forskelsbehandling. Det giver eventuelt også problemer i forhold til legalitetsprincippets krav om klarhed og forudberegnelighed, selvom disse krav som nævnt ikke rejser sig med samme styrke vedrørende strafudmåling, som vedrørende strafansvar.

Inddragelse af flere karakteristika rejser endvidere det principielle spørgsmål, om ikke der er uendeligt mange aspekter, som kunne/burde inddrages, udover de allerede nævnte om alder, køn, kendisser, handicap m.v., og f.eks. hjemløse, prostituerede, fagforeningsmedlemmer, albinoer etc.

Alt i alt er der efter vor mening grund nok til at være varsom med at inddrage flere karakteristika. De nuværende er en kodificering af praksis, og desuden svarer de til de internationale krav, så kun hvis det må anses for særligt vigtigt, og samtidigt praktisk anvendeligt, bør andre medtages.

Desuden bemærkes, at Garde argumenterer for, at en udvidelse ikke er »påkrævet.« Dette ud fra den betragtning, at det altid er muligt for dommeren at lægge vægt på motivet, og det sker faktisk løbende.

Referencer:

Andersen, L.G. & S. Nour (red.) (2011). *Udredning nr. 8. Hadforbrydelser i Danmark – vejen til en effektiv beskyttelse*. Institut for Menneskerettigheder, København.

Balvig, F. & B. Kyvsgaard & A-J, B. Pedersen (2014). *Udsathed for vold og andre former for kriminalitet. Offerundersøgelserne 2005-2013 med særligt afsnit om køn og vold.* Københavns Universitet, Justitsministeriet, Det Kriminalpræventive Råd, Rigspolitichefen.

Balvig, F. (2006). Virkninger af straf. I Kyvsgaard, B. (red.), *Hvad virker – hvad virker ikke?- kundskabsbaseret kriminalpolitik og praksis.* Jurist og Økonomforbundets Forlag. København, s. 109-136.

Bech-Jessen, F. & L. Henriksen (2010). Handicappede kan blive vor tids syndebukke. *Kristeligt Dagblad 20. oktober 2010.*

Berlingske Tidende (2002). Udland. *Berlingske Tidende 6. juli 2002.*

Brudholm, T. (2013). Om had og hadetale. I Engelbreth Larsen, R.; J. Lohmann; K. Slavensky. (red.). *Hate speech: fra hadetale til hadesyn.* Informations Forlag. København

Brå (2012). *Nationella Trygghetsundersökningen 2011. Rapport 2012 (2).*

Brå (2013). *Hatbrott 2012. Rapport 2013 (16).*

BT (2014). Dagens leder mener: Synden i Mariager. *BT 1. november 2014.*

COWI (2015). *Kortlægning af hadforbrydelser i Danmark. En undersøgelse af befolkningens oplevede hadforbrydelser.* COWI A/S, Parallelvej 2, 2800 Kongens Lyngby, Danmark.

Dahlgaard, M. (2007). Hadforbrydelser straffes hårdere. *Berlingske Tidende 29. juni 2007.*

Danmarks Statistik (2007). *Kriminalitet.* Danmarks Statistik, København.

Elholm, T. (2011). Rimer signal på kriminal? Om symbol- og signallovgivning i dansk kriminalpolitisk perspektiv. I Andersson, U.; C. Wong, H.O. Hansen (red.). *Festskrift til Per Ole Träskman.* Norstedts Juridik. Stockholms. 166-178.

Fogt, L. & K. Hansen (2009). Overfaldet på date. *BT 25. juli 2009.*

Garde, P. (2015). Er strafudmålingsregler om hadmotiver ønskelige? I Kyvsgaard m.fl. (red). *Kriminalpoltiske pejlinger. Festskrift til Flemming Balvig.* Jurist og Økonomforbundets Forlag. København, s. 109-118.

Hvilsom, F & J. Fjordbo (2013). Historisk dom over hadforbrydelse. *Politiken 12. september 2013.*

Information. Ledende artikel: Drengestreger og hadforbrydelser? *Information 10. august 2015.*

Khader, N. (2015). Wilhjelm er blind for den indre fjende vi står over for. *Politiken 22. maj 2015.*

Kristeligt Dagblad (2002). Fortsat usikkerhed om attentat i lufthavn. *Kristeligt Dagblad 6. juli 2002.*

Matzen, J. (2015). Wilhjelm omskriver virkeligheden for at redde sit eget verdensbillede. *Weekendavisen 29. maj 2015.*

Nyholm, S. (2009). Lov mod hadforbrydelser på vej i USA. *Kristelig Dagblad 2. maj 2009.*

Omar, T. & J. Sheikh (2014). Kvinder chikaneres på grund af deres tørklæde. *Politiken 11. juli 2014.*

Ordnet.dk. (2015). Opslagsord: *Hadforbrydelse.*

http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=hadforbrydelse&tab=for [senest tilgået den 15. december 2015]. Ledende redaktør Lars Trap-Jensen. Det Danske Sprog- og Litteraturselskab. København.

Politiken (1991). Hjemlig krig i USA. *Politiken 7. februar 1991.*

Rasmussen, M. (2009). Trusler mod konvertitter skal registreres som hadforbrydelser. *Kristeligt Dagblad 29. juli 2009.*

Rigsadvokaten (2008). *Redegørelse om anvendelse af straffelovens § 81, nr. 6 og nr. 7, samt sager om overtrædelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v.* Rigsadvokaten. København.

Sejr, L. (2012). Kun få hadforbrydelser opdages. *Morgenavisen Jyllands-Posten 24. april 2012.*

Søndergaard, B. (2011). Politiet ved for lidt om hadforbrydelser. *Kristeligt Dagblad 7. februar 2011.*

Vestergaard, M. (2014). Opmærksomhed gi'r kendistæsk. *Ekstra Bladet 18. januar 2014.*

Wilhjelm, P. (2015). Khader, terror og retsstaten. *Politiken 12. februar 2015.*

Retten

– et sammenvævet lovkompleks

Af Annette Olesen

1. Indledning

Danmark har som retsstat interesse i at sikre (lige) »access to justice«. En sådan »access« kan imidlertid se forskellig ud alt afhængig af, hvilke ressourcer de rådssøgende har. Veluddannede, mellem- og højindkomstgrupper, boligejere har eksempelvis ikke det samme juridiske rådgivningsbehov, som lavtuddannede grupper med et lavt indkomstniveau, bosiddende i lejebolig (Pleasence et al., 2004a; Pleasence et al., 2006; Kristensen, 2010). Retshjælpsundersøgelser har belyst, hvordan borgere med relativt få ressourcer har svært ved at adressere og modtage den juridiske hjælp, de har behov for. Dette skyldes bl.a., at både de involverede borgere og jurist-standen ikke altid anskuer disse problemstillinger som værende af juridisk karakter (Eskeland & Finne, 1973; Eidesen et al., 1975; Sejr, 1977; se også Levine & Mellema, 2001: 187). Udover anerkendelses- og adresseringsproblemer oplever borgere med relativt få ressourcer ligeledes at blive udfordret af en begrænset adgang til juridisk bistand – begrænsninger, der bl.a. skyldes ændringer i retsplejeloven fra 2007[1] (Danske Advokater og Advokatsamfundet, 2012). Advokaterne finder generelt ikke retshjælpsordningen økonomisk favorabel, men derimod administrativt belastende. Ikke desto mindre ser vi et øget behov for juridisk assistance i Danmark blandt de relativt ressourcesvage borgere (Danske Advokater og Advokatsamfundet, 2011). Disse rådssøgende bliver generelt karakteriseret som borgere, der tjener mindre end befolkningsgennemsnittet, er afhængige af offentlig forsørgelse, er uden en kompetencegivende uddannelse og har gennemgået/gennemgår en personlig eller økonomisk krise (Danske Advokater og Advokatsamfundet, 2012: 15-17). De juridiske problemstillinger, som de svageste borgere oplever, og som generelt bliver omtalt i flertal, er

1. Bekymringer for begrænset »access to justice« er ikke blot et dansk fænomen. Hynes og Robins (2009) belyser eksempelvis en bekymrende retshjælpstilstand i Storbritannien og Law and Society's omfattende »Access to Justice« kampagne i USA taler for sig selv.

desuden ofte tætforbundet med ikke-juridiske problemstillinger. Et begrænset antal studier har belyst væsentligheden af at sammentænke disse juridiske og ikke-juridiske problemstillinger i en helhedsorienteret sagsbehandling ud fra teorien om, at de juridiske problemstillinger ville opstå på ny, hvis man undlod at medtænke de ikke-juridiske problemstillinger og vice versa (Wood et al., 2009; Melville & Laing, 2010; se også eksempler på studier om opsøgende juridisk rådgivning i Juss-Buss & Rønning, 2011; Gotfredsen, 2004). I USA har den helhedsorienterede retlige tænkning ligefrem medvirket til udviklingen af the American Bar Association's task force *The Holistic Lawyer* (Moss, 1992; Johnston, 1994).

Denne artikel har ikke for øje at kritisere den begrænsede advokatbistand og retshjælp (trin 2 og 3)[2] eller den endnu mere begrænsede udvidede retshjælp til særligt udsatte grupper i Danmark, selvom en sådan kritik ville være relevant. Artiklen har derimod til hensigt at belyse, hvorledes helhedsorienteret juridisk assistance står overfor nogle metodiske, herunder kommunikative og logistiske udfordringer. Ønsket er således, ved brug af kvantitative og kvalitative studier af forskellige samfundsgruppers juridiske problemstillinger at belyse, hvordan juridiske problemstillinger sjældent lader sig isolere eller begrænse af opdelte retsdiscipliner, men derimod indvirker på hinanden og afføder nye juridiske og ikke-juridiske problemstillinger. Den første sektion består af tre underafsnit, der hver især diskuterer forskellige måder at belyse, hvordan juridiske problemer sjældent kan betragtes som enkeltstående uden relation til andre juridiske og ikke-juridiske problemer. Det første underafsnit behandler såkaldte »triggerproblemer«, der eskalerer og medfører nye problemer. Dernæst bliver det belyst, hvordan juridiske problemstillinger i særlige tilfælde kan medvirke til igangsættelsen af en »dominoeffekt«, hvor en juridisk udfordring afføder endnu en juridisk udfordring osv. Det tredje underafsnit diskuterer, hvorledes klyngediagrammer og sociale og demografiske variabler kan benyttes til at skabe en generel viden om, hvilke befolkningsgrupper der oplever hvilke juridiske problemer, og hvordan disse problemer overlapper hinanden. Indirekte i denne diskussion af juridiske problemstillingers forgreninger til øvrige retsområder og ikke-juridiske områder identificeres visse metodiske (kommunikative og logistiske) udfordringer, der præger den traditionelle juridiske metode. Disse udfordringer bliver

2. Samtlige borgere kan få vederlagsfri mundtlig juridisk rådgivning (trin 1) via advokatvagten. Denne mundtlige rådgivning er meget overordnet, hvorfor den langt fra altid vil være tilstrækkelig for alle borgere. Derudover tilbyder den danske stat at dække hovedparten af udgifterne til offentlig retshjælp (trin 2 og 3) til borgere med en bestemt (relativt lav) indkomstgrænse (jf. Bek. nr. 1271/2014).

diskuteret eksplicit i artiklens anden sektion. Artiklens sidste og afrundende del perspektiverer til en alternativ måde at angribe de kommunikative og logistiske udfordringer, den traditionelle juridiske metode møder. Denne alternative tilgang medtænker socialt udsatte rådssøgendes livsbetingelser ud fra en helhedsorienteret tilgang.

2. Et juridisk problem kommer sjældent alene

Enkelte retssociologiske studier har belyst, hvordan forskellige udsatte grupper oplever retten som et allestedsnærværende, omklamrende system, der regulerer selv de anliggender, som normalt anses for private (Sarat, 1990; Olesen, 2013). I Sarats studie af mennesker på offentlig forsørgelse beskriver han meget sigende denne gruppes oplevelse af retten som »a web-like enclosure in which they are 'caught'« (Sarat, 1990: 345). En sådan oplevelse af retten kan have flere forklaringer; det kan skyldes de rådssøgendes begrænsede kendskab til det retlige system, der får systemet til at fremstå uigennemsigtigt og begrænsende (Merry, 1985; Felstiner & Sarat, 1986, 1992); det kan skyldes de få reelle handlemuligheder, de rådssøgende har til at ændre deres sociale position (Cowan, 2004); og det kan eksempelvis også skyldes de rådssøgendes øvrige livsbetingelser, der tynger dem mentalt og finansielt, hvorfor det retlige systems indvirken blot bidrager til oplevelsen af afmagt (Gustafson, 2011; Levine & Mellema, 2001). Alle disse forklaringer er mulige og relevante at tage i betragtning, men i dette afsnit søger jeg en anden forklaring, den direkte, der går ud på, at retten virkelig er »a web-like enclosure...«.

2.1. Triggerproblemer

For at understøtte en forståelse af retten som et sammenvævet lovkompleks, inddrager jeg forskellige kvantitative studier, der netop har undersøgt, hvorvidt juridiske problemer opstår enkeltstående eller i forlængelse af hinanden. Indledningsvist kan jeg henvise til Kristensen (2010), der i sin danske retshjælpsundersøgelse belyste, hvordan næsten halvdelen af hendes respondenter (n=1.179) havde fået afdækket øvrige problemstillinger end dem, de havde henvendt sig med hos retshjælpen (Kristensen, 2010: 52-3). Dette tyder på, at rådssøgende langt fra altid blot er udfordret af enkelte problemer. Det er dog udenfor Kristensens fokus at belyse, hvordan disse juridiske problemstillinger relaterer til hinanden, men Genn (1999) og Genn & Paterson (2001) har i studier fra England og Skotland identificeret, hvilke juridiske problemstillinger der ofte kan betragtes som kausale. Disse »problempar« er bl.a. beskæftigelse og økonomiske problemer samt ejendom og forbrugsproblemer.

Økonomi og gæld bliver desuden betragtet som problemstillinger, der korrelerer med mange forskellige problemtyper (Pleasence et al., 2004b: 302).[3] Som en videreudvikling af de identificerede problempar har Pleasence et al. (2004a, 2006, 2013) desuden undersøgt, om nogle juridiske problemstillinger har en tendens til at eskalere og foranledige flere juridiske problemer. Det anvendte data er indsamlet i England og Wales via opfølgende surveys fra 2001 og frem,[4] der består af et udsnit af borgere (n=5.611) repræsentativt for den samlede befolkning. Til dette datamateriale blev en parallel survey af borgere bosiddende i midlertidige boliger (n=197) tilføjet (Pleasence et al., 2003:14-16). Respondenterne blev interviewet og spurgt, om de siden 1998 havde haft et problem, de havde svært ved at løse, og som hørte under følgende 18 juridiske kategorier: diskrimination, forbrug, beskæftigelse, naboskab, ejerbolig, lejebolig, hjemløshed, penge/gæld, offentlige ydelser, skilsmisse, brud i parforhold, vold i hjemmet, børn, personlige skader, klinisk uagtsomhed, mental sygdom, immigration, og politichikane (Pleasence et al., 2003:16; se også Genn, 1999). Af de 5.611 tidligere omtalte respondenter i Pleasence et al.'s opfølgende studie havde 2.087 (37 pct.) oplevet et eller flere problemer og 937 (17 pct.) havde oplevet to eller flere af de 18 oplistede juridiske problemtyper i den 3,5 årige responsperiode fra 1998-2001. Selvom det var mindre end halvdelen af de problemramte respondenter, der oplevede mere end et juridisk problem, kunne størstedelen af de samlede juridiske problemer (~73 pct.) tilskrives denne relativt beskedne gruppe (Pleasence et al., 2004b: 309, 313). Dette er således med til at understøtte, at juridiske problemer sjældent opstår alene, og at virkningerne af de juridiske problemer sjældent kan isoleres. Respondenternes eskalerende problemstillinger blev identificeret via gentagne statistiske målinger (General Linear Model og McNemar tests) af problemets omfang, og hvilken problemtype der forekom før og efter hvert individuelle problematiske hændelsesforløb (Pleasence et al., 2004a: 35). De identificerede eskalerende problemstillinger fik den samlede betegnelse triggerproblemer og inkluderede bl.a. skilsmisser. Skilsmisser fremstod i 61 pct. af tilfældene som det første problem i et hændelsesforløb, der inkluderede minimum fire problemstillinger. Til sammenligning fremkom skilsmisse i blot 15 pct. af tilfældene som det sidste problem i disse hændelsesforløb

3. Nogle problemer opstår imidlertid ofte isoleret. En tredjedel af de respondenter i Pleasence et al.'s studie (2004b), der oplevede nabostridigheder, rapporterede ikke yderligere juridiske problemer. Omvendt var det kun en tiendedel af respondenterne med hjemløshedsproblemer, der ikke rapporterede øvrige juridiske problemer (Pleasence et al., 2004b: 321).
4. Se de opfølgende surveys i Pleasence et al., 2004a, 2006, 2013.

(Pleasence et al., 2004a: 35-37). Triggerproblemer skaber altså en form for »kædereaktion« af forskellige problemstillinger, der retligt fordeler sig mellem forskellige retsdiscipliner, men i sagsbehandlingsøjemed bør betragtes ud fra et holistisk perspektiv (se eksempelvis Wood et al., 2009; Melville & Laing, 2010).

2.2. Dominoeffekten

De allerede omtalte studier har belyst, hvorledes juridiske problemstillinger kan eskalere og anses som sammenhængende og overlappende. Trigger-problemerne kan ramme mange forskellige befolkningsgrupper, men visse befolkningsgrupper har høj sandsynlighed for at opleve særlige individuelle problematikker. Eksempelvis er der fundet korrelationer mellem hjemløse og psykiske sygdomme, etniske minoriteter og lav indkomst, dårlige boligforhold og arbejdsløshed samt ældre/funktionsnedsatte borgere og erhvervsdiskrimination (Pleasence et al., 2004b: 304, 310-11). Øvrige studier af udsatte samfundsgrupper har desuden belyst, hvorledes sådanne grupper ganske ofte er tynget af flere juridiske og ikke-juridiske problemstillinger (Buck et al., 2005; Forell et al., 2005; Olesen, 2013). Et australsk studie har bl.a. undersøgt, hvilke juridiske problemstillinger, der prægede 270 hjemløses[5] hverdagsliv og sammenlignet udfaldene med 20.446 borgere bosiddende i sociale boligbyggerier (n=965) samt andre stabile boligformer (n=19.481). Studiet viste, at de hjemløse både havde flere juridiske problemer, men også en større diversitet i deres problemtyper sammenlignet med de øvrige respondenter, der ikke var hjemløse. 51 pct. af de hjemløse havde således minimum tre juridiske problemstillinger, hvilket kun var tilfældet for 23 pct. af de borgere, der var bosiddende i sociale boligbyggerier og for 16 pct. af de borgere, der boede i andre boligformer (Coumarelos & People, 2013). Det er ikke en tilfældighed, at Coumarelos og Peoples studie om hjemløshed fremhæves her, da boligforhold netop anses for at være af væsentlig betydning og ligeledes bliver karakteriseret af Pleasence et al. som et trigger-problem (Pleasence et al., 2006: 56), der dog ofte forekommer på grund af andre problemstillinger (Pleasence et al., 2004b: 303-4).

En anden måde at studere juridiske problemers omfang og eskalering er belyst i et kvalitativt studie af Olesen (2013), der fokuserer på de retlige barrierer, der møder en gruppe løsladte (n=41) efter endt afsoning i Danmark. Via interviews og opfølgende interviews (n=77) belyste Olesen, hvorledes de løsladte ikke blot er bebyrdet med flere juridiske og ikke-juridiske pro-

5. De 270 respondenter i hjemløsegruppen havde alle været hjemløse indenfor de seneste 12 måneder, da undersøgelsen blev foretaget (Coumarelos & People, 2013: 2).

blemstillinger, men også hvordan de juridiske problemstillinger ofte er tætforbundne og indbyrdes afgørende for, om de løsladte kan få en afklaring på deres problemfyldte hverdag. Olesen belyste eksempelvis med udgangspunkt i hjemløshedsproblemet, hvilken juridisk dominoeffekt en sådan hændelse kan medføre. Hjemløshed er en udfordring og virkelighed, der møder mange løsladte, der har afsonet fuld straftid (Olesen, 2013: 202ff). De fleste løsladte, om de er hjemløse eller ej, starter deres liv udenfor fængslet med at ansøge om kontanthjælp (Tranæs et al., 2008). Ydelsescenteret kan imidlertid ikke blot udbetale den offentlige ydelse kontant eller pr. check, da lovgivningen foreskriver, at alle sociale ydelser skal udbetales til borgerens NemKonto. Men banken kan som udgangspunkt ikke tillade at oprette en NemKonto til en kunde, der ikke har en folkeregisteradresse. Den løsladte kan sjældent ansøge kommunen om et beboerindskudslån, da de fleste løsladte allerede i en anden forbindelse har ansøgt og fået et sådant lån uden at tilbagebetale det, og retspraksis er, at hver borger kun kan være registreret for et beboerindskudslån ad gangen. Den hjemløse løsladte uden nogen registreret indkomst får således overordentligt svært ved at skaffe penge til et boligindskud, der skal sikre ham en folkeregisteradresse, en NemKonto og hans berettigede kontanthjælp. Den løsladtes manglende folkeregisteradresse kan ligeledes medføre problemer med forsikringer, modtagelse af post og sundhedskort samt tildeling af læge (Olesen, 2013: 217-18, 331), hvilket er hverdagsanliggender af både juridisk og ikke-juridisk karakter, som de fleste borgere tager for givet og anser som private. Rettens belyste dominoeffekt[6] får Olesen til at bemærke, at et nuanceret billede af retsreglers virkninger og relationer til andre retsregler bør afdækkes ved en sammenhængende analyse af de individer, som reglerne påvirker og de livsbetingelser, som denne/disse individgruppe(r) er underlagt (Olesen, 2013: 369).

2.3. Problemklyngerne

Det er vanskeligt præcist at afdække et individs livsbetingelser og omfang af problemstillinger, men vi kan få et overordnet indblik ved endnu engang at referere til Pleasence et al.'s studier (2004a, 2004b, 2006). Disse bygger nemlig bl.a. på hierarkisk klyngeanalyse, der gør det muligt at gruppere responden-

6. Hull (2003) belyste med sit studie om homoseksuelle og ægteskab, hvordan retten blandt homoseksuelle med ønske om ægteskab forventes at have en positiv dominoeffekt. Hulls studie illustrerer, hvordan en rettighed om ægteskabsindgåelse mellem homoseksuelle forventes at medføre en »bølge« af yderligere rettigheder og forbedringer i forhold til hadforbrydelser og diskriminationslovgivning m.fl. samt bidrage til øvrige ikke-juridiske forbedrende forhold (Hull, 2003: 642, 655).

terne i klynger ud fra deres oplevelser af juridiske problemstillinger. Herefter udarbejdede Pleasence et al. sociale og demografiske indikatorer for hver af klyngerne ved brug af mixed-effects Poisson regression, der undersøgte problemtypernes sandsynlighed for at overlappe med andre problemstillinger både internt og på tværs af klyngerne. Klyngeanalysen bidrager således til at synliggøre de generelle og underliggende relationer mellem de forskellige problemtyper og befolkningsgrupper (Pleasence et al., 2004a, 2004b, 2006). Familieproblem-klyngen var eksempelvis bl.a. kendetegnet ved respondenter i aldersgruppen 25-59 år og særligt repræsentativ blandt de 35-44 årige. Offentligt forsørgede, langtidssygemeldte og funktionsnedsatte respondenter oplevede særligt familieproblemer, dette gjorde sig ligeledes gældende for respondenter med børn, og i særlig grad for enlige forældre. Fælles sociale og demografiske indikatorer for de respondenter, der havde oplevet problemer med hjemløshed og politichikane, kunne også identificeres, selvom denne gruppe var lille. Indikatorerne viste, at det hovedsagligt var mænd, de 18-24 årige og økonomisk udsatte, der oplevede disse problemstillinger (Pleasence et al., 2004b: 319-20). Hierarkiske klyngeanalyser kan således være behjælpelige, når vi ønsker en grov skitsering af, hvilke sociale og demografiske forhold der kendetegner de rådssøgende, og hvilke øvrige juridiske problemstillinger der tynger dem. En dybere forståelse af hvilke socio-økonomiske, mentale, juridiske samt ikke-juridiske betingelser de rådssøgende lever under og bevidst som ubevidst forholder sig til, kan vi dog næppe kortlægge uden at inddrage kvalitative studier af specifikke samfundsgrupper (se f.eks. Sarat, 1990; Levine og Mellema, 2001; Gustafson, 2011; Olesen, 2013).

På baggrund af de forudgående delafsnit, der har belyst, at juridiske problemstillinger sjældent opstår alene, kan der sættes spørgsmålstegn ved, om det er nok at behandle et juridisk problem uden hensynstagen til relaterede juridiske og ikke-juridiske problemer. Pleasence et al., (2013) og Olesen (forthcoming) sidestiller den isolerede problemløsning med symptombehandling, og anser den isolerede sagsbehandlingstilgang for problematisk, såfremt målsætningen er langsigtede forbedringer af den rådssøgendes livsbetingelser. Dette perspektiv på retten som et sammenvævet lovkompleks leder diskussionen videre til de kommunikative og logistiske udfordringer, en traditionel juridisk metode, med et primært sigte på objektive forhold inden for en given retsdisciplin, møder.

3. Den juridiske metodes kommunikative og logistiske udfordringer

Hvis vi accepterer, at juridiske problemer i mange tilfælde ikke opstår isoleret, og samtidig anerkender, at sagsbehandling, der fokuserer på ét retligt område uden at anlægge et helhedsorienteret perspektiv, sandsynligvis blot vil virke som symptombehandling, hvor problemstillingen efter nogen tid genskabes, fordi de relaterede problemer fortsat tynger den rådssøgendes livsbetingelser, ser vi en åbenlys udfordring i det juridiske arbejde. Udfordringen består således i at tænke juridisk helhedsorienteret og yde helhedsorienteret juridisk sagsbehandling og rådgivning. Hvis vi atter inddrager det ovenstående eksempel med dominoeffekten, der blev igangsat i forbindelse med en løsladelse til hjemløshed, så vi, hvordan retsreglerne blev behandlet isoleret med fokus på objektive fakta såsom den løsladtes manglende folkeregisteradresse og NemKonto. En helhedsorienteret indsats, der medtænker de tværjuridiske barrierer, der møder løsladte efter endt afsoning, ville i stedet have retsreglernes sammenspil for øje. Fokus ville da være på at informere den indsatte under sit fængselsophold om vigtigheden af at få afdraget sit beboerindskudslån, således at han kunne ansøge om et nyt lån, når han kom ud fra fængslet uden en folkeregisteradresse og NemKonto. På den måde kunne den løsladte hurtigere og mindre smertefuldt sikre sig en permanent bolig og undgå for mange retlige forhindringer på sin vej til en stabil, kriminalitetsfri tilværelse. En sådan tilgang vil imidlertid kræve et tværdisciplinært samarbejde, da en sagsbehandler umuligt kan rumme og overskue en bred vifte af retsområder, der ovenikøbet indvirker på hinanden og forgrener sig til yderligere juridiske og ikke-juridiske problemfelter. Der må således stilles krav til den traditionelle juridiske metode, herunder den interne logistik mellem retsdisciplinerne samt den eksterne logistik til andre støtteenheder, der ligger udenfor juraens område. Der er flere eksempler på, hvordan en styrkelse af den juridiske metodes kommunikation og interne/eksterne logistik er forsøgt styrket indenfor et specifikt retsområde. I det følgende bliver der blot nævnt et par eksempler.

Ud fra et kendskab til, at familieretlige problemstillinger typisk var tæt forbundet med andre juridiske og ikke-juridiske problemer introducerede the Legal Services Commission, UK, pilotprojektet *Family Advice and Information Network* (FAInS) i 2001. Dette gik ud på at sikre klienterne en helhedsorienteret service. Advokaterne indenfor familieretten skulle således trænes og opfordres til at fungere som klienternes »gatekeeper« og henvise dem til de rette instanser, der kunne varetage de problemstillinger, som lå uden for familieretten. Melville & Laing (2010) evaluerede projektet, der konkluderede, at

advokaterne ikke umiddelbart var de bedst egnede til at varetage den vigtige funktion som gatekeeper. Melville & Laing belyste, at selvom advokaterne var bekendt med klienternes øvrige problemstillinger og var trænet i at agere som gatekeeper og henvise klienterne til relevante retlige og ikke-retlige services, så undlod advokaterne i mange tilfælde at påtage sig denne rolle og dette ansvar. Advokaterne fandt det i særdeleshed udfordrende at forholde sig til ikke-retlige problemstillinger og placere disse inden for en retlig forståelsesramme (Melville & Laing, 2010).

Uafhængigt af resultaterne af FAInS-projektet blev nødvendigheden af juridisk sagsbehandlings multidisciplinære og tværfaglige samarbejde taget op på en alternativ måde i pilotprojektet *Ex-offenders discharged under Supervision* (EXODUS). Projektet henvendte sig til en specifik samfundsgruppe bestående af løsladte og blev skræddersyet til at tage hånd om de juridiske og ikke-juridiske problemstillinger, der kendetegnede denne samfundsgruppe. EXODUS' nye tiltag bestod i at placere de kerneydelser/services (fx jobcentre og misbrugscentre), de løsladte generelt havde behov for på samme fysiske lokation, hvorved gatekeeper-funktionen kunne undlades, idet serviceyderne alle var synlige og lettilgængelige for de rådssøgende. Projektet forsøgte herved at udvikle en metode, der kunne sikre »access to justice« for selv en meget udsat befolkningsgruppe. Metoden kan sammenlignes med en klassisk udbud-efterspørgsel tilgang. Udbyderne af behandlings- og rådgivningstilbud tager udgangspunkt i deres målgruppes behov og (direkte som indirekte) efterspørgsel, således at det ikke er målgruppen, der skal indordne sig og opsøge udbyder, men derimod udbyder, der skal opsøge og tilbyde de efterspurgte behandlings- og rådgivningsydelser.[7] Wood et al. (2009) evaluerede EXODUS og fandt, at det tætte multidisciplinære og tværfaglige samarbejde mellem juridiske og ikke-juridiske tilbud på samme lokation resulterede i en lavere recidivrate og større tilfredshed med den hjælp, de løsladte fik (Wood et al., 2009; se også Cinamon & Hoskins, 2006: Robinson & Raynor, 2006 samt et lignende multidisciplinært initiativ rettet mod børn med psykiske sygdomme i Salmon, 2004).

Det er naturligvis krævende at tænke klienters komplekse tværjuridiske og ikke-juridiske problemstillinger ind i juridisk sagsbehandling og rådgivning, men spørgsmålet er, om helhedsorienteret sagsbehandling og rådgivning på den lange bane ikke vil gavne klienten og samtidig spare samfundet for omkostningsfuld symptombehandling. Pleasence et al.'s tidligere citerede studier (2004a, 2004b, 2006 og 2013) omhandlende triggerproblemer og klyngedia-

7. Se Moorhead et al. (2003) for en diskussion om de udfordringer, der følger af at inkludere klientens perspektiv i det juridiske arbejde.

grammer af forskellige befolkningsgruppers overlappende problemstillinger har bl.a. dannet grundlag for, at de engelske myndigheder har prioriteret visse indsatsområder, der har sandsynlighed for at eskalere og skabe yderligere omkostningsfulde udfordringer for specifikke befolkningsgrupper og samfundet som helhed (Pleasence et al., 2013: 53). Ved at anerkende de ovenfor nævnte måleenheder er der således en mulighed for at identificere, hvilke grupper i det danske samfund der er særligt udsatte og tynget af tætforbudne juridiske og ikke-juridiske problemstillinger. På baggrund af en sådan identificering kunne målrettede indsatser tilrettelægges og hjælpetilbud kunne skræddersyes, for at sikre selv de mest ressourcesvage borgere »access to justice«. Denne øvelse vil ikke blot tilgodese livskvaliteten hos de involverede rådssøgende, men også sikre at potentialet og de mange penge, der allokeres til juridisk og ikke-juridisk assistance, bliver udnyttet bedre (se også Pleasence et al., 2006: i). Vores kendskab til området kan således argumentere for, at juridisk behandling og rådgivning bør styrkes på tre områder ved at: 1) udvide vores kendskab til forskellige befolkningsgruppers livsbetingelser, juridiske triggerproblemer og problemklynger, 2) forbedre intern kommunikation og logistik mellem juridiske services og 3) forbedre ekstern kommunikation og logistik mellem juridiske og ikke-juridiske services.

4. Afrundende bemærkning

Spørgsmålet om, hvordan man i praksis sikrer, at forskellige retsområder og områder udenfor det retlige kommunikerer og samarbejder kan kræve, at vi atter retter opmærksomheden mod såkaldte gatekeepers, der netop kan stå for det logistiske arbejde mellem serviceudbyderne. Melville & Laing satte i denne sammenhæng spørgsmålstegn ved, om én gatekeeper kan forestå denne logistiske opgave, der kræver et omfattende kendskab til de livbetingelser, den rådssøgende er underlagt, de forskellige involverede retsdiscipliner og subdiscipliner samt de foreliggende behandlings- og rådgivningsmuligheder, eller om der snarere vil være behov for flere gatekeepers med forskellige baggrunde og kompetencer (Melville & Laing, 2010: 186; se også Melville & Laing, 2008; Courmaerlos et al., 2006). Overfor samfundets ressourcesvage grupper kunne mentorteams organiseret ud fra tværfaglige kompetencer og divergerende sociale og demografiske karakteristika komme på tale, da de ressourcesvage grupper som bekendt ofte står over for mange komplekse problemstillinger, der kræver en dybdegående social, kulturel og praktisk (herunder økonomisk og retlig) indsigt i gruppens livsbetingelser og handlemuligheder/umuligheder (Aarvold and Solvang, 2008; Walsh, 2004). De

tværfaglige mentorteams skulle ikke blot udfylde den kommunikative og logistiske gatekeeperfunktion mellem klient og juridiske tilbudsudbydere og på tværs af forskellige relevante juridiske og ikke-juridiske tilbudsudbydere, men også forsøge at identificere klienternes underliggende bekymringer og adressere deres langsigtede behov, som ellers risikerer at blive ignoreret i det juridiske system (se Eskeland & Finne, 1973; Eidesen et al., 1975; Sejr, 1977). Udover denne retssikkerhedsskabende funktion kan relationen mellem klienterne og de tværfaglige mentorteams yderligere forventes at virke tillidsskabende. Mentorteamsene kan således tilskrives en »kulturel oversætterrolle«, hvor retlige termer, labelling, kategorisering og reificering af moralske udsagn forklares og oversættes til klienten, alt imens klientens livssyn og livssituation oversættes for den juridiske sagsbehandler/rådgiver (se også Cain, 1983; Travers, 1997; Felstiner and Sarat, 1986, 1992; Newman, 2013).

Med den ovenstående diskussion advokerer jeg for en nytænkning af den måde, vi forsøger at organisere vores støtte og hjælp til især de mest udsatte grupper i vores samfund. Juridiske problemstillinger, især juridiske triggerproblemer, skal betragtes som problemer, der forgrener sig til tværjuridiske og ikke-juridiske problemstillinger (Pleasence et al., 2004a, 2004b). En helhedsorienteret tilgang, der betragter retten som sammenvævede lovkomplekser og yderligere tager klientens livsbetingelser i betragtning, er derfor nødvendig, hvis samfundet ikke vil kanalisere midler til symptombehandling, der blot gendanner de samme og nye problemstillinger på et senere tidspunkt (Pleasence et al., 2013). Vi må således forstå og forholde os til, at retten for nogle befolkningsgrupper med bestemte problemstillinger opleves som »a web-like enclosure in which they are 'caught'« (Sarat, 1990: 345), og ud fra denne virkelighed styrke den juridiske sagsbehandling og rådgivnings interne/eksterne kommunikation og logistisk med tværjuridiske og ikke-juridiske services.

Referencer

Aarvold, RH. and Solvang, IL. 2008. *Fra innsatt til utsatt.* Oslo: Røde Kors.

Buck, A., Balmer, N. & Pleasence, P. 2005. Social exclusion and civil law: experience of civil justice problems among vulnerable groups. *Social Policy & Administration*, Vol. 39(3):302–322.

Cain, M. 1983. The General Practice Lawyer and the Client. Towards a Radical Conception.

Cinamon, K. & Hoskins, J. 2006. The prolific and other priority offender initiative in practice. *The Journal of Community and Criminal Justice*, Vol. 53(2):154–66.

Coumarelos, C. & People, J. 2013. *Home is where the heart of legal need is.* Sydney: Law and Justice Foundation of New South Wales.

Coumarelos, C., Wei, Z. and Zhou, AZ. 2006. *Justice Made to Measure: NSW Legal Needs Survey in Disadvantaged Areas.* Sydney: Law and Justice Foundation of NSW.

Cowan, D. 2004. Legal Consciousness: Some Observations. *Modern Law Review*, Vol. 67(6):928-58.

Dalberg-Larsen, J. 2005. *Lovene og Livet: En retssociologisk grundbog.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Eidesen, A., Eskeland, S. & Thomas Mathiesen, T. (red.) 1975. *Rettshjelp og samfunnsstruktur*. Oslo: Pax.

Eskeland, S. & Finne, J.1973. *Rettshjelp*. Oslo: Pax.

Felstiner, W. & Sarat, A. 1986. Law and Strategy in the Divorce Lawyer's Office. *Law & Society Review.* Vol. 20(1):93-134.

Felstiner, W. & Sarat, A. 1992. *Enactments* of *Power: Negotiating Reality and Responsibility in Lawyer/Client Interactions. Cornell Law Review*, Vol. 77(9):1447-1593.

Forell, S., McCarron, E. & Schetzer, L. 2005. *No home, no justice? The legal needs of homeless people in NSW*, Law and Justice Foundation of NSW, Sydney.

Genn, H. 1999. *Paths to Justice*: *What People Do and Think About Going to Law*, Oxford: Hart Publishing.

Genn, H. & Paterson, A. 2001. *Paths to Justice Scotland: What People in Scotland Do and Think about Going to Law.* Oxford: Hart.

Gustafson, K. 2011. *Cheating Welfare*. New York: New York University Press.

Gotfredsen, NW. 2004. Gadejura – en nødløsning i en undtagelsestilstand. I: Stig Dalager og Per Schultz-Jørgensen (red.) *Tid til respekt*. København: Socialpolitisk Forlag.

Hull, KE. 2003. The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage. *Law & Social Inquiry*, Vol. 28(3):629–57.

Juss-Buss & Rønning, OH. (red.) 2011. *Med loven mot makta: Juss-Buss førti år.* Oslo: Novus Forlag.

Kristensen, BL. 2010. *Retshjælp i Danmark. Delrapport I: Beskrivelse af retshjælpstilbuddene*. Aarhus: Aarhus Universitet.

Melville, A. & Laing, K. 2008. Personal Action Plans: Evaluating Self-Management Initiatives in Family Law. *International Journal of Law in Context*, Vol. 4(2):149–67.

Melville, A. & Laing, K. 2010. Closing the gate: family lawyers as gatekeepers to a holistic service. *International Journal of Law in Context*, Vol. 6(2):167–189.

Merry, SE. 1985. Concepts of Law and Justice among Working-Class Americans: Ideology as Culture. *Legal Studies Forum*, Vol. 9(59):59-70.

Moorhead, R., Sherr, A. & Paterson, A. 2003. What Clients Know: Client Perceptions and Legal Competence. *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 10(1):5–35.

Moss, DC. 1992. The Holistic Lawyer. American Bar Association. *ABA Journal*, 78(10):38.

Newman, D. 2013. *Legal Aid Lawyers and the Quest for Justice*. Oxford: Hart Publishing.

Olesen, A. 2013. *Løsladt og gældsat.* København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Olesen, A. [forthcoming] Intertwined legal challenges faced by ex-prisoners calls for a new legal aid approach in Denmark. O. Hammerslev og OH. Rønning (red.) *Legal aid in the Nordic countries: Flaws in the welfare states and challenging power.* Palgrave Macmillan.

Pleasence, P., Genn, H., Balmer, NJ., Buck, A. & O'Grady, A. 2003. Causes of Action: First Findings of the LSRC Periodic Survey. *Journal of Law and Society*, Vol. 30(1):11-30.

Pleasence, P. et al. 2004a. *Causes of Action: Civil Law and Social Justice*. Legal Services Commission.

Pleasence, P., Balmer, NJ., Buck, A., O'Grady, A. & Genn, H. 2004b. Multiple Justiciable Problems: Common Clusters and Their Social and Demographic Indicators. *Journal of Empirical Legal Studies,* Vol. 1(2):301-29.

Pleasence, P., Buck, A. & Balmer, N. 2006. *Causes of Action: Civil Law and Social Justice*. Legal Services Research Centre.

Pleasence, P., Balmer, NJ & Sandefur, RL. 2013. Paths to Justice: A past, present and future roadmap. London: UCL Centre for Empirical Legal Studies.

Robinson, G. & Raynor, P. 2006. The future of rehabilitation: What role for the probation service? *Probation Journal*, Vol. 53(4):334–46.

Salmon, G. 2004. Multi-Agency Collaboration: The Challenges for CAMHS. *Child and Adolescent Mental Health*, Vol. 9(4):156–61.

Sarat, A. 1990. The law is all over: Power, Resistance, and the Legal Consciousness of the Welfare

Poor. *Yale Journal of Law and the Humanities,* Vol. 2:343-79.

Sejr, L. 1977. *Retshjælp i et lokalområde: forskningsrapport.* Aarhus: Aarhus Universitet

Tranæs, T. et al. 2008. *Forbryderen og samfundet.* København: Gyldendal.

Travers, M. 1997. *The Reality of Law: Work and Talk in a Firm of Criminal Lawyers.* Aldershot: Dartmouth.

Walsh, T. 2004. *Incorrections: Investigating prison release practice and policy in Queensland and its impact on community safety.* Faculty of Law QUT.

Wood, J, Kade, C & Sidhu, M. 2009. What works for offenders and staff: comparing two multi-agency approaches to offender resettlement. *Psychology, Crime & Law*, 15(7):661–78.

Rapporter

Advokaters syn på Offentlig retshjælp ved advokat, Fri proces, Retshjælpsforsikring (2011). Gennemført af SFI Survey. Danske Advokater og Advokatsamfundets.

Retshjælpen i nød? En analyse af udviklingen siden 2007 og dens konsekvenser (2012). Gennemført af Copenhagen Economics. Danske Advokater og Advokatsamfundet.

The Concept of Law and International Society

By Sten Schaumburg-Müller

1. Introduction

Coming from a legal tradition rather than political science, I have taken great interest in Hedley Bull's seminal work from 1977, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*. I see it as an attempt to further establish the English school of international relations or the International Society approach as mediation between hard core realism and soft idealism. Thus, it resembles similar attempts within the legal field to establish a better position than legal positivism (according to which law is simply the decisions made by state authorities) and natural rights theories (according to which law is attached to the individuals prior to any state formation).

In his attempt to do this, Bull relies quite substantially on H.L.A. Hart's concept of law, developed in *The Concept of Law*,[1] an ingenious analysis of law rejecting traditional legal positivism as represented by 19th century John Austin without advocating natural rights theory. In Bull's presentation of the international society, law plays a role, and law is conceived of in an almost purely Hartian way. Hart's conception of law definitely has some insightful points and they are well suited for understanding international society. However, it also has some shortcomings, and these are also taken over by Bull. Besides, Bull's use of the Hartian concept of law in international relations has some problematic implications. As these issues, as far as I am informed, have not been dealt with in a more systematic way, this is what I shall do in the present contribution. Firstly, I will show how Bull takes over Hart's concept of law, and secondly, recount his innovative use. Thirdly, I shall point out some major problems in Hart's concept law, and fourthly, some additional problems in Bull's work when importing Hart's concept of law. Lastly, I shall sketch out some ideas for improving the concept of law – with the possible

1. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961 with a second edition including a postscript, Oxford University Press, 1994.

result of strengthening the International Society's understanding of international relations.

2. Bull takes over Hart's concept of law

2.1. Law as the union of primary and secondary rules

Even though Bull does not explicitly accept Hart's idea of law as the union of primary and secondary rules as the only possible way to conceive law, he is inclined to use it in his understanding of international law.

Hart's exposition goes like this: The first four chapters of *The Concept of Law* could be renamed »Why Austin was wrong«. Hart strongly argues against the idea that law can be conceived of as mere orders backed by threat from a sovereign, the one who is not bound, to subjects, the ones that are bound, which is roughly the Austinian conception. Without requiring morals to be included – which is the natural law approach – Hart points out that according to the Austinian model it is impossible to distinguish between the gunman ordering someone to hand over his money and the tax collector who is similarly asking persons to hand over money. In both situations, the threatened is obliged to obey the order, but in the gunman situation it does not make sense to apply the word obligation or duty. In the gunman situation, the person is obliged to obey – otherwise he will face unpleasant consequences – but he has no obligation to do so. By this analytic distinction, Hart rejects the Austinian gunman model of law. A conception of law that is not able to account for the difference between a robber and a tax collector does not get things right and ought to be abandoned. Hart rejects it without introducing any notion of morality, which is important for Hart. He maintains that there is no necessary connection between law and morals.

Instead he embarks on »A Fresh Start«[2] indicating that law is not merely rules but the union of two types of rules, which he calls primary and secondary. The primary rules are the rules of obligation: You are not supposed to kill, you should keep your promises, and you should buy and not steal things that you need etc. All societies have primary rules, even though of course the content may differ (see below). But there are problems with primary rules: Which ones are actually prevailing? How do you make new rules? And how is it decided whether in fact an act was an infringement of a rule or not? These shortcomings point to secondary rules which Hart divides into three: Rules of recognition, i.e. rules regulating which primary rules prevail, rules of change,

2. Hart, 1994, Ch. V, subsection 1.

how to get rid of obsolete rules and have new rules, fit to the present situation, and lastly, rules of adjudication, rules dealing with the issue of deciding concrete cases, when does a rule apply and when is a rule violated.

According to Hart, this understanding of law is simply more correct, and besides it enables us to understand that the concept of law does not necessarily require a centralized state dishing out orders. Thus, it enables us to understand that less centralized societies may have law, even if they do not live up to the Austinian definition. In »primitive« or less centralized societies there is law, even if the secondary rules may not be as advanced as in European centralized states. And in international law, obviously without sovereign giving orders, there are primary rules of obligation. Thus, the Hartian conception of law gives a better understanding of law worldwide as it does not restrict law to be a phenomenon of only centralized states.

As a matter of fact, both Hart and Bull hesitate as regards international law where they find no secondary rules. This discussion will be left for later, presently it suffices to state that Bull accepts this conception of law as against the »orders backed by threats« concept and other theories as well, such as Myres MacDougall's legal realism and Kelsen's formalism. Bull also accepts the idea that law is a »body of *rules*«,[3] rules which according to Hart must be divided into two categories.

2.2. The minimum content of natural law: protection of persons, promises, and property

When introducing the primary rules of obligation, Hart hints that there are certain minimum conditions as to their content: There must be some form of restriction on the free use of violence, theft and deception, together with »various positive duties to perform services or make contributions to the common life«.[4] The restrictions are further elaborated in a chapter called »The Minimum Content of Natural Law«. Hart, who claims to be a legal positivist, still sees some connection between human nature and law, based on what he labels truisms:[5]

(i) Human vulnerability. Human beings are vulnerable and can hurt and even kill each other. Therefore we need certain rules to limit and regulate the use of violence. Human beings as a species are different from,

3. Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Macmillan Press, 1995, 2nd edition (1st edition 1977), p. 122.
4. Hart, 1994, p. 91.
5. Hart, 1994, p. 194.

say, giraffes (this is not Hart's example) which are not able to fatally hurt each other. Giraffes may need norms, but they do not need norms regulating interspecies violence.

(ii) Approximate equality. Human beings are fairly equal in strength. There are no giants, nor dwarfs, and even a physically weak person can kill the strong e.g. by use of poison or with a swift cut of the knife when the stronger is sleeping.

(iii) Limited altruism. Human beings are not predominantly selfish, but we are not all together angels either. The role of law is consequently not merely to hold down violence (as the Austinian concept entails), but must also facilitate the social.

(IV) Limited resources. There are limited resources, and therefore we need rules regarding the distribution of resources.

(V) Limited understanding and strength of will. Human beings do have some understanding of their situation, but only to some degree, and in order to prevent total violence, self-destruction, and random appropriation of goods, we need rules.

As a consequence *all* societies will have rules pertaining to the protection of person, property and promises. The rules may vary, but no society will allow for random killings of any member of society or for random appropriation of any wanted good. Similarly all societies will protect words in some relations, promises as to the exchange of goods and services as an example.

Bull assumes the same understanding of the minimum content of law. When introducing the concept of order, he states that all societies pursue goals and those certain of these goals stand out as elementary and primary: the protection of persons, promises and property. He refers to »many sources but see especially H.L.A. Hart«.[6] Later he simply refers to the protection of persons, promises and property as »the common goal of social life«,[7] and when discussing the maintenance of order in world politics he also refers to »the common interest in the elementary goals of social life«, reiterating the three goals.[8]

So far, Hart and Bull agree that law can be understood as a union of primary rules of obligation and secondary rules of recognition, change and adjudication, and that the primary rules by way of the human character imply

6. Bull, 1995, p. 4 including end note 2, p. 309.
7. Ibid., p. 18.
8. Ibid., p. 51.

protection of persons, property and promises. Bull brings this notion of law into international relations – which may entail problems, see below.

2.3. Binding law

According to Hart, law is not binding because of some intrinsic, metaphysical character. »The proof that 'binding' rules in any society exist, is simply that they are thought of, spoken of and function as such«,[9] and Bull continues along the same line: »The fact that these rules [i.e. the disputed rules of so-called international law] are believed to have the status of law, whatever theoretical difficulties it might involve, makes possible a corpus of international activity that plays an important part in the working of international society.«[10] For Hart the validity of primary rules does not hinge on actual behaviour, and Bull observes that it does not make any sense to require people to breathe, eat and sleep, whereas rules requiring them not to kill, steal or lie make sense as some people are likely to engage in this kind of anti-social behaviour.[11] In fact, to lie may not be a good example. Probably everybody is lying every now and then, and to my knowledge, lying is usually not penalized in contradistinction to stealing and killing. See also below as regards problems with the protection of persons, property and promises as the minimum content of natural law. At any rate, Bull takes over Hart's point that the mere fact that we generally talk about certain rules as 'law' is a much better indicator of whether a certain phenomenon is; in fact, law rather than testing according to some philosophically contrived definition.

3. Bull's interesting and innovative use in IR

As a lawyer I find it commendable that Bull pays attention to law and admits its relative importance and that he, when introducing law in the comprehension of international relations, makes an effort to conceive it in an adequate way. And Hart's concept of law obviously applies better to international law and in fact to any other type of law than the Austinian concept which closely links the concept of law with law within the centralized, modern state. Interestingly, both succeed in presenting a better alternative than natural law and traditional legal positivism (Hart) and better than the IR schools of realism and liberalism (Bull). Hart may have been more ambitious – he calls his con-

9. Hart, 1994, p. 231.
10. Bull, 1995, p. 130.
11. Ibid., p. 131.

cept »a fresh start«[12] – but Bull seems to have been successful in building up a new school of thought.[13] For some reason Hart has accepted the classification of his position as a branch of legal positivism,[14] thereby in fact making the proclaimed fresh start less fresh.

Be it as it may, Bull's innovative idea is to import Hart's minimum content of natural law into the international sphere. Persons, promises and property in domestic law become states, treaties and territories in international law. In international law the protection of persons and the restriction of violence imply the protection of messengers and envoys, i.e. physical persons representing the states *and* the protection of states, requiring a just cause to engage in violence against other states. Promises are treaties between states, and the protection of property also entails protection of individual property in international law as well as protection of the 'property' of the state, i.e. recognition of territorial sovereignty.[15] Bull thus expands and translates the minimum content of primary rules in a society to the society of states, even to the world order,[16] which he regards as prior to international order, the term 'international' referring to relations between states and 'world' referring to the community of mankind, as I understand it. The main point here is that Bull is of the opinion that the basic goals of society, the minimum content of law, have the same feature in what could be called first order societies, i.e. societies of human beings, and second order societies, i.e. societies of societies, in this particular case the international society of states.

When Bull discusses international law and domestic law, he concludes that they »in fact have a great deal in common«,[17] indicating that there are many similarities as well as differences. But he does not consider whether the minimum content of law in a society of states may differ from that in a society of human beings, even though Hart pointed out that important features of the basic condition of societies of human beings are human vulnerability and equality in size, features that are *not* similar in the society of states, which Hart also points out.[18]

To my understanding it sounds probable that second order societies have some similar features compared with first order societies. After all, they are in

12. Hart, 1994, pp. 79 f.
13. Even though he may have disliked the term 'school', Bull, 1995, p. vii in the Foreword by Stanley Hoffmann.
14. Hart, 1994, Postscript, pp. 244 f.
15. Bull, 1995, pp. 18-19.
16. Ibid., p. 19.
17. Ibid., p. 130.
18. Hart, 1994, pp. 198, 218 f.

the last resort made up of human beings. But there are also differences, which even Bull points out, stating that a »final blow« is not possible against a state in contradistinction to the quick kill of a human being,[19] (with the possible exception of small states having nuclear power), but he does not take this into consideration when discussing the minimum content of law.

4. Hart's problems

4.1. Law is more than rules

Hart rightly criticizes the Austinian version of legal positivism for not making the important distinction between the two types of rules which Hart labels primary and secondary rules. However, at the same time he takes over the implicit assumption that law is first and foremost rules, which is not necessarily the case.

In his view, first we have primary rules, and I understand his 'first' as being historical as well as logical. In less centralized societies, we find law in the shape of primary rules, often labeled customary law, imprecise, static rules, but rules and law, nevertheless. In modern societies we can, according to Hart, similarly distinguish between primary and secondary rules, such as rules of adjudication, i.e. rules regulating the way in which concrete cases are decided by using the (necessarily disputed and not always precise) primary rules.

However, one may question this »genesis of law«. Maybe rules are not primary and adjudication secondary, maybe it is the other way round: Human beings make decisions and realize that in order to make reasonable and well suited decisions, the decisions ought to connect, and as a consequence they ought to make up rules. Ironically, Hart comes from a common law tradition with what is often referred to as an inductive way of reasoning (from concrete cases to rules), and yet he insists that rules are primary, whereas a Danish legal philosopher, Alf Ross, coming from a more continental tradition[20] with a deductive way of reasoning, points out that decisions rather than rules are primary, at least historically.[21] A better way of conceiving law seems to be not to appoint neither rule nor decision/adjudication as primary, but accept

19. Bull, 1995, p. 48.
20. Scandinavian law is usually categorized as a special branch of continental law, see K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, 1998, 3rd edition, p . 277.
21. Alf Ross, *Om ret og retfærdighed* [On Law and Justice], Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1971 (1st ed. 1953) p. 108.

that in order to make law, rules *and* single decisions are necessary, neither of them being primary.

In addition to this critique, rules not being primary to adjudication, Ronald Dworkin has criticized Hart for not paying attention to principles.[22] Rules behave in an either/or fashion, whereas principles are more plastic and fluid. Dworkin argues – convincingly, I believe – that a legal system also contains principles that may be used in a less strict fashion than rules, and that judges in order to reach the right decision often make use of principles as rules regularly do not solve the problem at hand. Law, therefore, is not well understood as 'first rules, then decisions', but rather as a complex mixture of decisions, rules and principles. This approach does not render Hart's concept of law obsolete, his distinction between two types of rules and his idea of a minimum content of natural law are still valuable. But they are, according to the present view, insufficient.

Lastly – and this is also partly comprised in Dworkin's critique – Hart does not see rights as an intrinsic part of law. Here he sides with traditional legal positivism: Rights are rules which are enacted by the legislator, or rather which may be enacted by the legislator. Dworkin points out that courts when deciding hard cases (hard cases being the ones without an immediate, self-evident result) employ rights.[23] Rights are not merely privileges dished out by the sovereign legislator, but are somehow inherent in the legal system, found and engaged by the judges. One could even argue that rights in some primary form are part of the minimum content of natural law, as human beings have an innate sense of rights (see also below). Without going further into this complicated issue, it suffices to state that law is more than just rules – indicating that in order adequately to grasp the role of law in international relations, the concept of law as taken over from Hart must be improved.

4.2. The protection of persons, promises and property

Hart's attempt to establish a minimum content of natural law is interesting as his attempt has some empirical leanings in contradistinction to the rationalistic method of setting up self-evident axioms from which the more definite content can be deduced. As a matter of fact, Hart still employs terms from the rationalistic vocabulary: There is a »distinctive *rational* connection between natural facts and the content of legal and moral rules«, and he labels the points

22. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, and *Law's Empire*, Fontana, 1986.
23. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977.

'truisms', which connote logic, rationalism and necessary connections.[24] In this regard, Bull has a better comprehension using the term 'empirical equivalent', and even though the term is somewhat imprecise – what is an equivalent? – It emphasizes the empirical background of the idea,[25] indicating that by empirical studies we may get a better understanding.[26]

I shall briefly sketch out an improvement of the attempt to establish a minimum content of natural law, the way I understand it from newer empirical research:

Firstly, human beings live in groups or societies. We are social beings like ants, wolves and chimpanzees and unlike turtles, polar bears and tigers. Hart does not make the mistake of the rationalistic natural rights philosophers in establishing a »natural law« on the basis of the individual, but he does not take group or society as one of the truisms of natural law, either. He rather assumes group as an incidental phenomenon, thus forfeiting the option of analyzing the importance of group in his concept of law – with implications also for international society.

Secondly, 'property' and 'promises' may not be a very precise characteristic of natural law. Allocation of resources is a question for any human society, and human beings have a knack for reciprocity, which *may* result in promises regulating the allocation, just like property *may* be the way of securing some kind of distribution. However, in hunter societies like the Inuit the rule seems rather to be that the successful hunter is required to share his bag – this being a very functional solution under hard natural conditions. In brief, the more general 'reciprocity' seems a better candidate for the minimum content of natural law.[27]

Thirdly, as indicated above, Hart does not count 'rights' as part of the natural law. And of course the rationalistic construction of rights, such as Locke's rights to freedom, security and property, cannot form part of the minimum content, the truisms. However, human beings seem to have a conception of rights, similar to chimpanzees but in contradistinction to baboons and most other species. The minimum content does not seem to entail certain specific rights, but rather a rights handling capability, a knack of rights.

24. Hart, 1994, pp. 193 and 194 (my italics).
25. Bull, 1995, p. 6.
26. Hart also talks of the »still young sciences of psychology and sociology«, p. 193, thus indicating that the minimum content of natural law is as much a question of empirical science as of rationalistic thinking.
27. See e.g. Frans de Waal, *Primates and philosophers. How Morality Evolved*, Princeton University Press, 2006.

4.3. Restrictions or contributions

Among the elements of law, Hart notes that the human nature requires some restrictions on the free use of violence, theft and deception. This is later elaborated as the minimum content of law, the protection of persons, property and promises is easily recognized. Interestingly, Hart adds that such rules are found in primitive societies »together with a variety of others imposing on individuals various positive duties to perform services or make contributions to the common life«.[28] Unfortunately, Hart does not elaborate on these duty containing rules. Are they merely found in some societies or are rules requiring contributions to the common life as important as the protection of persons, property and promises? Or put in another way: Are positive contributions to the common good, to the group, as much part of the minimum content of law as the restrictions? This question links up with the problem stated above that Hart disregards the fact that human beings are a social species. Presently, I shall leave it as a hypothesis that a component of natural law includes some contribution to the group, noting that neither Hart nor Bull takes this point into the basic machinery, into the concept of law.

4.4. Societies without secondary rules?

As a less urgent but still relevant problem, Hart is in trouble when dealing with the option of having a society with only primary rules. On the one hand he claims law to be the *union* of primary and secondary rules. On the other hand he states that »It is plain that only a small community closely knit by ties of kinship, common sentiment, and belief, and places in a stable environment, could live successfully by such a regime of unofficial rules [i.e. primary rules]«, indicating that *some* societies can and do function with only primary rules. However, as regards all other types of societies, the majority of more loosely knit societies, primary rules are insufficient: »the rules by which the society lives will not form a system, but will simply be a set of separate standards, without any identifying or common mark, except of course that they are rules which a particular group of human beings accept.«[29]

This is less convincing. *Firstly*, I doubt whether there has ever been human societies without some kind of secondary rules. As mentioned above, there is no reason to assume that rules are primary and adjudication secondary, and it is also questionable whether there are or have been societies without any rules of recognition whatsoever. Rather it seems that all societies must have some ideas of which rules are valid and why. As for rules of change, they ob-

28. Hart, 1994, p. 91.
29. Hart, 1994, p. 92.

viously play a much more significant role in centralized societies and make the legal system much more useful as a tool of transforming society. Still, the difference seems to be a question of degree, rather than a question of either or. *Secondly*, Hart presents the law of the closely knit society without secondary rules as *isolated* rules, as if secondary rules provide the identity and the common character of the legal system. However, in a modern, centralized society with well-developed secondary rules, there may not be any apparent common mark either, and in societies with only primary rules, the law may still play a part in the identity making of the group.[30]

4.5. No secondary rules in international law?

Hart is of the opinion that there are no secondary rules in international law, and this of course makes him doubt whether international law is law, as there can be no *union* of primary and secondary rules without the latter.[31] He ends up concluding that international law is »sufficiently analogous« to domestic law (borrowing a term from Jeremy Bentham), and he is open to the idea that international law may be developing secondary rules in the future and thus grow closer to the system of national law.[32] Bull agrees with Hart that international law has no secondary rules. »It is impossible to find rules of recognition ... impossible to find rules of changes ... and not possible to find rules of adjudication«.[33]

But the observation is not correct, and it was correct neither in 1961 nor in 1977,[34] even though, of course, one could argue that international law has actually developed to a more analogous system of law than was the case when the two writers were active. The UN Charter, Chapter VII on »Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggressions« confers powers to the Security Council to make decisions in relation to the threats to peace etc. These are not primary rules, but secondary rules, mainly rules of recognition. Likewise, Chapter XIV contains rules relating to the International Court of Justice, an adjudicative body, i.e. rules of adjudication. In

30. I have dealt more closely with the connection between law and identity in »Law as Identity – Different Identities and Different Human Rights Conceptions in Europe and the US«, *Europe and the Americas: Transatlantic Approaches to Human Rights*, Eva Maria Lassen and Erik André Andersen (eds.), Brill Nijhoff, 2015, pp. 188-212.
31. Ibid., p. 214.
32. Ibid., pp. 236-237.
33. Bull, p. 130.
34. See also Samantha Besson, »Theorizing the Sources of International Law«, in Samantha Besson and John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, p. 178.

1977, when Bull wrote his book, three international treaties on human rights were in force, two of them containing optional complaints procedure,[35] also rules of adjudication. Obviously, the international secondary rules are not all encompassing similar to the rules in domestic law of modern states, and I am not arguing that the two types of law, national and international, are completely similar. All I am arguing is that there are – and were at the time of the writing of the two authors – some secondary rules, and contrary to Bull's insisting, it is in fact impossible to find *some* secondary rules.

As a matter of fact, this strengthens Bull's argument of an international *society*, but it also points to some uncertainty and inconsistencies in the ideas of Hart and Bull.

5. Bull's additional problems

5.1. Minimum content of natural law among states?

As indicated above, Bull uses Hart's disposition of the minimum content of natural law at the international level. Somewhat contradictory, Bull points out that there is an important distinction between relations among human beings and among states. The latter do not sleep and are not as vulnerable as human beings.[36] For Hart, human vulnerability is one of the 'truisms' about human nature creating the connection to the minimum content of natural law: As we are vulnerable creatures and no society of suicides, human societies will always have rules pertaining to the protection of persons. Bull does not take this non- or less-vulnerability into consideration when dealing with the minimum content of natural law, which he translates into the restriction on use of force in the international sphere. However, the right to the use of force in international relations has varied considerably, to an extent that renders it void to speak about a minimum content. Bull mentions the element of requiring of a 'just cause' for waging war. But after the creation of the European state society and especially in the 19th century, it was generally accepted that the use of force was an attribute of sovereignty: A state could decide to go to war or use any other means that it deemed fit in order to obtain its goals. After the First World War the Kellogg-Briand Pact of 1928 changed the point of departure, and now there is a general ban on the use of force and even of the

35. The International Convention on the Elimination of Racial Discrimination, into force 1969, art. 14, and the International Covenant on Civil and Political Rights, Optional Protocol 1, into force 1976.
36. Bull, pp. 47-48.

threat to use force, UN Charter, Art. 2(4). Hence, it does not seem possible to extract any minimum content of international law in relation to violence.

The lack of a thorough consideration as to the problems of establishing a similar minimum content of natural law among states (or, probably, any other second order society) is not a fatal blow to the idea of an international society. But it does require some re-consideration as regards the nature of that society and the nature of human societies.

5.2. Which groupings

This may be a common problem for Hart and Bull. As indicated above, Hart does not take the social character of human nature into consideration when dealing with the minimum content of natural law. And Bull expands the idea of a minimum law in a society from the society of human beings to the society of states, i.e. the international society. Bull, however, acknowledges the existence of other groupings such as the world society, tribes, nations, empires etc.,[37] but he does not go further considering the differences between a society of humans and second order societies, and he does not consider the character of the various forms of groupings and the different characters of the societies and the consequences for the 'natural law', i.e. the minimum legal regulation existing among such different kinds of societies.

As this question involves analyses of relations between many types of societies, and therefore requires a rather comprehensive study, I shall presently leave it with the mere pointing to the fact that there are some shortcomings of the concept of law as understood by Hart and Bull and that the shortcomings must be dealt with if International Society as a school wants to include law as an important aspect of societies, including the international society.

6. Conclusions and challenges

Summing up, I assume (1) that law in the broad sense of the term is an important aspect of societal life, not necessarily the most important and definitely not the only important aspect, but nevertheless indispensable when understanding societies. I contend (2) that Hart's concept of law (i) distinguishing primary rules of obligation from secondary rules of recognition, change and adjudication, and (ii) pointing out certain common features of law on an empirical basis (which is actually Bull's point), is a fertile and in some respect a correct way of understanding law. I also agree (3) with Bull that this concept

37. Ibid., pp. 19-21.

of law can be employed in order better to understand what is going on at the international level. However, (4) there are a number of shortcomings which need to be dealt with: (a) We have to surpass the idea that law equals rules and realize that the mere distinction between primary and secondary rules, shrewdly thought out as it is, does not deliver a sufficiently general understanding of law; (b) the understanding of the minimum content of law in societies of human beings (first order societies) must be reviewed, and actual findings by anthropology, primatology and evolutionary psychology must be included in the general understanding; (c) the relations between societies must be more closely scrutinized, not merely taking for granted that the same minimum content of law applies, but analyzing which law does apply, and analyze the various forms of relations between various forms of societies. In this respect legal philosophy has not come very far, and Hart and Bull have only just begun, analyzing only a few types: »primitive« or less centralized societies, modern, centralized societies (states) and the international society.