

# Grundlæggende forvaltningsret

Jørgen Albæk Jensen  
Michael Hansen Jensen

|         |                                                                              |     |
|---------|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7       | Krav til en forvaltningsafgørelses indhold .....                             | 133 |
| 7.1     | Skrevne og uskrevne indholdsmæssige krav .....                               | 133 |
| 7.2     | Legalitetsprincippet .....                                                   | 135 |
| 7.2.1   | Den formelle lovs princip .....                                              | 135 |
| 7.2.1.1 | Fortolkning af lovregler .....                                               | 136 |
| 7.2.1.2 | Kan forvaltningen bemyndiges til at fravige lovregler? .....                 | 138 |
| 7.2.2   | Hjemmelskravet .....                                                         | 139 |
| 7.2.2.1 | Forvaltningsområder med skærpet hjemmelskrav .....                           | 141 |
| 7.2.2.2 | Forvaltningsområder med lempet hjemmelskrav .....                            | 146 |
| 7.2.2.3 | Hjemmel for kommunale afgørelser – kommunalfuldmagten .....                  | 150 |
| 7.3     | Uskrevne krav .....                                                          | 156 |
| 7.3.1   | Forvaltningen skal være overladt et skøn .....                               | 156 |
| 7.3.2   | Retsgrundsætninger, der begrænser forvaltningens skønsudøvelse .....         | 160 |
| 7.3.2.1 | Magtfordrejningsgrundsætningen. Lovlige og ulovlige hensyn .....             | 161 |
| 7.3.2.2 | Skøn under regel .....                                                       | 168 |
| 7.3.2.3 | Lighedsgrundsætningens betydning for vægtrngen af de lovlige hensyn .....    | 171 |
| 7.3.2.4 | Proportionalitetsprincippet .....                                            | 171 |
| 7.4     | Konsekvenser af tilsidesættelse af indholdsmæssige krav .....                | 173 |
| 7.4.1   | Forskellige former for indholdsmæssige mangler og konsekvenserne heraf ..... | 173 |
| 7.4.2   | Opretholdelse af ulovlige forvaltningsakter .....                            | 174 |

## 7 Krav til en forvaltningsafgørelses indhold

Efter at vi i de foregående afsnit grundigt har beskæftiget os med de krav til sagsbehandlingen, der skal iagttages, når der skal træffes en administrativ afgørelse, vil vi i dette kapitel redegøre for de indholdsmæssige krav, der kan stilles til forvaltningens afgørelser.

### *Indholdsmæssige fejl medfører typisk ugyldighed*

Ligesom kravene til sagsbehandlingen stilede mod at få lovlige og rigtige afgørelser, gælder dette også for de indholdsmæssige krav, men ved de indholdsmæssige krav er forbindelsen mellem kravene og udfaldet af sagen langt mere direkte. Hvis der sker en fejl af indholdsmæssig karakter, er afgørelsen nærmest pr. definition forkert, og hovedreglen ved indholdsmæssige fejl er derfor også, at afgørelsen i så fald er ugyldig. (Vi vil senere i kapitlet vende tilbage til denne problemstilling, og dér drøfte nogle tilfælde, hvor selv indholdsmæssige fejl ikke fører til ugyldighed.) Den væsentligste hedsdiskussion, som spillede en stor rolle, når man skulle tage stilling til betydningen af sagsbehandlingsfejl, er altså ikke nær så relevant i forbindelse med hovedparten af de indholdsmæssige fejl.

### 7.1 Skrevne og uskrevne indholdsmæssige krav

Traditionelt har man opdelt de indholdsmæssige krav til forvaltningsafgørelser i to hovedgrupper – *de skrevne* og *de uskrevne*. Betegnelsen skrevne krav dækker over de krav, der direkte fremgår af lovbestemmelser og tilhørende bekendtgørelser, mens de uskrevne krav vedrører de krav, der bygger på andre retskilder – først og fremmest almindelige retsgrundsetninger og retspraksis. Betegnelserne er således ikke særlig dækkende, da også domme er skriftlige, men anvendes alligevel i det følgende, fordi det er de normale betegnelser blandt jurister.

**Skræve krav til indholdet**

De *skrevne krav* vedrører som nævnt hvilke krav, der kan udledes af lov- og bekendtgørelsesbestemmelser. En del lovbestemmelser er umiddelbart forståelige og kan kun forstås på én måde – fx tjenestemandslovens § 29, hvor efter en tjenestemand skal afskediges ved udgangen af den måned, hvori han fylder 70 år – men mange (de fleste?) lovregler er ikke af en sådan præcis karakter. Den vigtigste opgave ved anvendelsen af de skrevne krav bliver derfor at tage stilling til, hvorledes reglerne skal fortolkes, og herunder at overveje efter hvilke principper fortolkningen skal ske. Fortolkningsproblemerne tages op i afsnit 7.2.1.

**Klare og præcise regler**

I mange skrevne bestemmelser er indholdet så tilpas klart og præcist, at man i hvert fald ved hjælp af fortolkning af bestemmelserne kan få klarhed over, hvilke indholdsmæssige krav, der stilles til afgørelsen af en bestemt forvaltningssag. Fra de helt præcise eller nogenlunde præcise lovbestemmelser er der imidlertid en glidende overgang til lovbestemmelser, hvor man selv efter fortolkning af ordlyden kan have meget svært ved at fastslå, hvilke indholdsmæssige krav, der er gældende i situationer, der er dækket af reglerne.

**Vage og elastiske regler**

Sådanne regler benævnes ofte som *vage, elastiske lovbestemmelser*. Et eksempel på sådanne regler er kravet i tjenestemandslovens § 10 om, at tjenestemanden skal „vise sig værdig til den agtelse og tillid, som stillingen kræver“. I sig selv giver disse formuleringer ikke meget vejledning om, hvorledes en tjenestemand konkret bør opføre sig, og dermed heller ikke om hvornår en tjenestemand kan afskediges på grund af brud på § 10.

**Skøn**

Endelig er en række lovbestemmelser udformet som *rene skønsmæssige regler*, hvor en lovbestemmelse blot siger, at fx en minister „kan“ eller „bemyndiges til“ at foretage sig bestemte handlinger uden at angive de nærmere betingelser for, hvornår og under hvilke omstændigheder disse beføjelser skal bruges.

De forskellige typer af lovbestemmelser udgør således en skala uden skarpe overgange fra de helt præcise lovbestemmelser til de helt upræcise, hvor de skrevne bestemmelser reelt intet siger om de indholdsmæssige

krav. Jo længere man kommer hen imod de upræcise bestemmelser, jo større er behovet for ved hjælp af andre retskilder at opstille indholdsmæssige krav, fordi afgørelserne ellers helt ville være overladt til forvaltningen selv. Der er derfor også i domspraksis skabt en række regler for forvaltningens anvendelse af de upræcise og skønsmæssige bestemmelser. Disse regler til begrænsning af forvaltningens råderum ved anvendelsen af vage, elastiske lovbestemmelser eller navnlig helt skønsmæssige bestemmelser er indholdet i de *uskrævede krav*.

**7.2 Legalitetsprincippet**

Et af de helt centrale principper i forvaltningsretten er det såkaldte legalitetsprincip. Princippet er bl.a. en udløber af den kendsgerning, at forvaltningen ikke direkte er valgt af befolkningen. Efter grundlovens § 3 skal forvaltningen heller ikke selv fastlægge de regler, som den skal administrere efter, men blot anvende de regler, som er fastlagt af den lovgivende magt. Legalitetsprincippet fastslår derfor, at forvaltningens afgørelser altid skal bygge på de love, som er fastsat af lovgivningsmagten, og at forvaltningen kun kan foretage sig det, den har fået bemyndigelse til fra lovgivningsmagten.

**Legalitetsprincippets to forgreninger**

Som det kan ses, har legalitetsprincippet to forgreninger. Det første er kravet om, at alle afgørelser skal være i overensstemmelse med lovgivningens regler – dette benævnes normalt *den formelle lovs princip* – dette krav behandles nærmere i afsnit 7.2.1. Det andet er kravet om, at alle forvaltningens aktiviteter skal bygge på en bemyndigelse fra lovgivningsmagten – det såkaldte *hjemmelskrav*. Dette behandles i afsnit 7.2.2.

**7.2.1 Den formelle lovs princip****Afgørelsen skal følge loven**

I kravet om at træffe lovlige afgørelser ligger et forbud mod at træffe afgørelser, der strider mod lovgivningen. I de tilfælde hvor lovgivningen er helt præcis, indebærer dette samtidig et krav om, at afgørelser af et bestemt ind-

hold skal træffes. Anvendes eksemplet fra før om 70-års aldersgrænsen i tjenestemandslovens § 29, bevirker den formelle lovs princip, at det vil være ulovligt at afskedige en tjenestemand på grund af alder, hvis han kun er 68 år, men også at det vil være ulovligt at undlade at afskedige ham, når han bliver 70 år.

Disse principper er temmelig selvfolgelige og giver ikke i sig selv anledning til megen tvivl. Som tidligere nævnt ligger problemerne i at fastslå, hvad der er det nærmere indhold af de skrevne bestemmelser – altså at fortolke reglerne. Det er meget vanskeligt at angive nogle generelle principper for lovfortolkningen, som kan anvendes i alle situationer, men i det følgende vil vi nævne en række mulige fortolkningsmetoder. Samtidig vil vi henvise til kapitel 2 om retskilderne, hvor vi gennemgår de forskellige elementer, man kan lægge vægt på ved fortolkningen af lovbestemmelser. De forskellige fortolkningsmetoder er i princippet opdelt ud fra, hvilken vægt der lægges på de enkelte retskilder.

### 7.2.1.1 Fortolkning af lovregler

#### Objektiv og subjektiv fortolkning

Generelt bør en fortolkning altid tage udgangspunkt i det rent sproglige indhold i en lovbestemmelse. Hvis man ved den videre fortolkning især lægger hovedvægten på den rent sproglige betydning af reglen, tales der om en *objektiv* fortolkningsmetode. Vælger man derimod i den samlede fortolkning af bygge mere på lovforarbejder og Folketingets formål med at gennemføre den pågældende lov, taler man om en *subjektiv* fortolkningsmetode.

#### Indskrænkende fortolkning

En anden opdeling af fortolkningsmetoderne går mellem en *indskrænkende* og en *udvidende* fortolkning. Ved den indskrænkende fortolkning undlader man at anvende en regel, selv om den rent sprogligt dækker den situation, man står over for – fx fordi det ville være i modstrid med de formål, som Folketinget ønskede at tilgodese med loven. Her er den indskrænkende fortolkning altså forbundet med en formålsfortolkning. Et tænkt eksempel kan måske illustrere tankegangen: Hvis Folketinget har vedtaget at give tilskud til „udskiftning af vinduer“, fordi man ønskede at spare energi, vil det formentlig være korrekt at fortolke loven sådan, at der nægtes tilskud til

udskiftning af vinduer, der ikke medfører energibesparelser, selv om loven ikke selv nævner dette formål.

#### Udvidende fortolkning

Ved den udvidende fortolkning anvendes reglen omvendt uden for sit rent sproglige område – igen måske på grund af reglens formål eller forarbejderne til loven. Visse typer af lovbestemmelser, som er særligt indgribende i forhold til borgerne, vil man normalt være tilbageholdende med at fortolke udvidende, fordi borgerne ikke vil være i stand til ud fra lovtæksten at forudse, at de vil blive ramt af lovreglen. Et sådant princip om ikke at fortolke særligt indgribende regler udvidende anvendes fx i straffelovens § 1 i forbindelse med anvendelse af straf.

#### Analogifortolkning

En særlig form for udvidende fortolkning er *analogi*, hvor en regel anvendes på et område, hvor den rent sprogligt slet ikke passer, men hvor man alligevel mener, at forholdene er så tilpas lig de forhold, som reglen normalt anvendes på, at det er rimeligt alligevel at anvende reglen. Fx omhandler reglerne om bodning i forbindelse med skilsmisse i lov om ægteskabets retsvirkninger efter sin ordlyd netop kun gifte ægtefællers skilsmisse, men der har i mange år været en livlig debat blandt jurister om det fornuftige og rimelige i også at anvende reglerne analogt, hvis ugifte par gik fra hinanden.

#### Modsetningsfortolkning

En form for fortolkning, der ofte anvendes i praksis – ofte endda uden at tænke nærmere over, at der er tale om fortolkning – er de såkaldte *modsetningslutninger*. Her drager man slutninger om forhold, som lovreglen slet ikke siger noget om, på baggrund af det, den faktisk omtaler. Et banalt eksempel kan belyse tankegangen bag modsetningsslutninger: Hvis der i en husorden for en ejendom står „Der må ikke spilles musik efter kl. 22.00“, vil de fleste automatisk gå ud fra, at det betyder, at man gerne må spille musik inden kl. 22.00, men det siger reglen jo egentlig ikke noget om.

#### Fortolknings- og formodningsreglen i forbindelse med internationale aftaler

Endelig skal nævnes en fortolkningssituation, som i de senere år er blevet mere og mere almindelig, jf. også afsnit 2.4. Det drejer sig om tilfælde, hvor man skal fortolke en dansk lovregel på et område, hvor Danmark har til-

sluttet sig internationale aftaler eller lignende. Sådanne aftaler er ikke umiddelbart bindende i Danmark, men påvirker fortolkningen af de danske regler. Hvis en dansk regel kan fortolkes på flere måder, vil man vælge at fortolke den sådan, at man samtidig lever op til den internationale aftale, Danmark har tilsluttet sig – dette princip kaldes blandt jurister *fortolkningsreglen*. Selv hvis den danske regel efter sin ordlyd er i strid med aftalen, vil man stadig forsøge at fortolke den danske regel således, at den i strid med sin ordlyd lever op til den internationale aftale, fordi man formoder, at Folketinget ikke ønsker, at danske regler skal være i strid med internationale aftaler. Dette fortolkningsprincip omtales som *formodningsreglen*. Hvis det klart fremgår, at Folketinget har villet lovgive i strid med den internationale regel, skal lovens ordlyd dog følges.

Som sagt er det ikke muligt generelt at angive, hvilke fortolkningsprincipper, der skal anvendes, men det er den almindelige opfattelse blandt jurister, at danske domstole er mere tilbøjelige end de fleste andre landes domstole til at anvende den objektive fortolkningsmetode – altså at lægge vægt på ordlyden af de relevante bestemmelser – men andre retskilder må naturligvis inddrages, hvis man ikke ved selve ordlydsfortolkningen kan nå et resultat.

#### Den retlige trinfølge som fortolkningsmoment

Som en sidste udløber af den formelle lovs princip skal nævnes princippet om den retlige trinfølge. Som beskrevet i kapitel 2 indgår de skrevne regler i et hierarki, hvor grundloven udgør det øverste niveau. Netop fordi grundloven står over de øvrige love, må bestemmelser i almindelige love ikke stride mod grundloven, og hvis to fortolkninger af en lovregel er mulige, og kun en af disse er i overensstemmelse med grundloven, skal man vælge denne fortolkning. Under grundloven og de almindelige love står bekendtgørelser, som derfor på tilsvarende måde ikke må stride mod lovene (og grundloven) og skal fortolkes således, at der ikke opstår en sådan modstrid.

### 7.2.1.2 Kan forvaltningen bemyndiges til at fravige lovregler?

#### Aldrig fravigelse uden lovhjemmel

Et særligt problem i forbindelse med den formelle lovs princip er spørgsmålet, om forvaltningen ved sin administration af de skrevne regler kan fravige disse – enten generelt eller i enkelte tilfælde. Det er ret klart ud fra kravet om ikke at træffe ulovlige afgørelser, at forvaltningen ikke kan gøre

dette på egen hånd, og diskussionen har da også drejet sig om muligheden for at fravige de skrevne regler, hvis der i selve reglerne var givet en bemyndigelse hertil.

#### Fravigelse af lovregler med lovhjemmel

Da det er almindeligt anerkendt, at forvaltningen kan bemyndiges til at udstede bekendtgørelser om materielle forhold inden for et område, og da dette faktisk finder sted i stort omfang, kan der heller ikke være noget i vejen for, at der i lovtæksten gives bemyndigelse til at udstede bekendtgørelser, der ændrer lovens regler (dette kaldes *derogation*), eller gives bemyndigelse til i enkeltsager at fravige lovens almindelige regler – at give *dispensationer*. Men netop fordi både derogation og dispensation indebærer en fravigelse fra lovtæktens skrevne krav, bør bemyndigelsesbestemmelserne ikke fortolkes udvidende. Hvis det skete, ville forvaltningen overtage noget af lovgivningsmagtens opgave, uden at dette havde været hensigten.

## 7.2.2 Hjemmelskravet

#### Forvaltningens aktiviteter skal kunne uledes af lovene

Hjemmelskravet indebærer som nævnt, at alle forvaltningens aktiviteter, der har virkning for borgernes retsstilling, skal kunne uledes af lovgivningsmagtens bemyndigelser (eller evt. direkte fra grundloven, som det fx er tilfældet med retten til at benåde dømte – grundlovens § 24). I praksis betyder dette, at man normalt vil kræve hjemmel i lov – eller i bekendtgørelser, der selv er udstedt med hjemmel i lov – for de aktiviteter, som forvaltningen udfører. Ved mindre alvorlige indgreb i forhold til borgerne har man dog også accepteret andre former for hjemmel.

#### Jo stærkere indgreb, desto sikrere hjemmel

Generelt kan man udtrykke det således, at jo stærkere et indgreb virker over for de berørte borgere, jo mere sikker skal hjemmelen være – dette omtales ofte som *intensitetssynspunktet*.

#### Stiltiende/forudsat hjemmel

Som muligt hjemmelsgrundlag ud over loven har man nævnt begrebet *stiltiende eller forudsat hjemmel*. Tankegangen er her, at hvis en lov fx har pålagt en minister at yde tilskud til bestemte aktiviteter, må ministeren også

kommunale bibliotek, selv om der ikke fandtes lov hjemmel for et sådant forbud.

Generelt kan man om anstaltsanordninger sige, at uden lov hjemmel kan man kun fastsætte regler, som har sammenhæng med institutionens funktioner og er nødvendige for, at disse funktioner kan opfyldes – ellers er synspunktet om den stiltiende lov hjemmel ikke holdbart. Mens man således fx klart af hensyn til smitterisiko kan stille krav om særlig påklædning, hvis man vil besøge en patient på en epidemifdeling på et sygehus, vil man ikke kunne stille tilsvarende påklædningskrav for at kunne benytte et bibliotek.

### 7.2.2.1 Forvaltningsområder med skærpet hjemmelskrav

#### Skærpet hjemmelskrav

Det er allerede nævnt, at visse indgreb i borgernes retsforhold betragtes som alvorligere end andre, og at der i disse tilfælde stilles særlige krav om klar hjemmel – vi kalder dette intensitetssynspunktet. Vi vil i dette afsnit se nærmere på nogle områder, der er omfattet af et sådant krav om særlig klar hjemmel – skærpet hjemmel.

#### Frihedsberøvelse

Berøvelse af den personlige frihed i form af anholdelse, fængsling, tvangsindlæggelse på psykiatrisk hospital eller lignende er klart et af de alvorligste indgreb, borgerne kan blive udsat for fra det offentlige side.

#### Frihedsberøvelse

Man må derfor antage, at der gælder et skærpet hjemmelskrav i forbindelse med frihedsberøvelse, og dette kan man da også se af grundlovens § 71, stk. 2, hvorefter frihedsberøvelse skal have „hjemmel i loven“. Allerede inden 1953, hvor dette hjemmelskrav blev indsat i grundloven, havde Højesteret i en dom fra 1925 (U 1925.277 H) udtalt, at der krævedes „direkte og utvetydig Lovhjemmel... for enhver Frihedsberøvelse“.

#### Detentionsanbringelser

I praksis er der ingen tvivl om, at der ved længerevarende frihedsberøvelser opretholdes et skærpet hjemmelskrav. Derimod er det vanskeligt nogen steder i lovgivningen at finde hjemmelen for de såkaldte detentionsanbringelser (af berusede, slagsbrødre mv.), som til gengæld ofte er ganske kort-

uden udtrykkelig lov hjemmel kunne fastsætte nærmere regler om ansøgningsfrister, brug af ansøgningsskemaer og lignende, idet sådanne regler ofte vil være en forudsætning for, at loven overhovedet kan gennemføres i praksis.

#### Anstaltsbetragtninger som hjemmel

En særlig – og i praksis meget vigtig – variant af den forudsatte eller stiltiende lov hjemmel er de såkaldte anstaltsbetragtninger. Det offentlige har oprettet en lang række institutioner („anstalter“), hvor man tilbyder borgerne alle former for serviceydelser inden for fx undervisning, sundhed, social bistand og kultur. For at sådanne institutioner kan fungere, er det nødvendigt med regler for adgang til institutionerne, regler om adfærd på institutionerne, regler om brug af institutionernes faciliteter m.m. I praksis har man i vidt omfang accepteret, at sådanne regler kunne fastsættes uden udtrykkelig lov hjemmel. Argumentationen er her, at når lovgivningsmagten har besluttet at oprette og finansiere en bestemt institution, må der den ligge en accept af, at institutionen kan fastsætte de nødvendige regler for, at institutionen kan opfylde sit formål.

#### Tendens mod udtrykkelig hjemmel ved stærke anstaltsindgreb

Det er klart, at man i lovgivningen om disse institutioner kan indsatte udtrykkelige bemyndigelser til at udstede sådanne anordninger, og i så fald er der ikke noget hjemmelsproblem. I de senere år er det blevet mere og mere almindeligt, at der indsættes udtrykkelig hjemmel for så vidt angår de mere intensive indgreb – også på områder hvor man tidligere „klarede sig“ med anstaltsanordninger. Som eksempel kan nævnes udviklingen på det psykiatriske område, hvor man indtil 1938 end ikke havde lovregler for tvangsindlæggelser, men alene fandt hjemmelen til disse i anstaltsbetragtninger. Efter 1938 var der i loven hjemmel til selve tvangsindlæggelserne, men stadig ikke til den række af tvangsindgreb, der kan være nødvendige ved behandlingen af sindssyge (filosering, tvangsmedicinering mv.). Først i 1989 blev der i lovgivningen givet udtrykkelig hjemmel til de alvorligste af disse indgreb.

Som et eksempel fra nyere retspraksis på, at anstaltsbetragtninger er blevet accepteret som tilstrækkelig hjemmel for mindre alvorlige indgreb i borgernes rettigheder, kan nævnes U 1988.731, hvor Østre Landsret accepterede, at en kommune kunne forbyde borgerne at medbringe hunde på det

dette holdt arbejds giveren sig til. Men af forarbejderne til ATP-loven kunne det ses, at meningen med fritagelsesreglen kun havde været at fritage lær- linge under 18 år (hvor der var krav om lærekontrakt). Skulle domstolene nu straffe arbejds giveren ud fra en fortolkning af ATP-lovens bestemmelse, der byggede på disse forarbejder – altså en subjektiv fortolkning – eller skulle arbejds giveren frikendes ud fra selve lovtekstens ord – altså en ob- jektiv fortolkning? Højesteret valgte her at frikende arbejds giveren, dvs. at opretholde et skærpet hjemmelskrav – vel bl.a. fordi det ville føles urimeligt at straffe en person, som ikke ved at læse i lovteksten kunne få anden op- fattelse, end at han havde handlet korrekt.

Som andre eksempler, hvor domstolene har anvendt et skærpet hjem- melskrav ved idømmelse af straf for overtrædelse af de forvaltningsretlige regler, kan henvises til U 1977.872, U 1989.688 H, U 1991.85 H og U 1993.547.

## Skatter og andre økonomiske indgreb

Også skatter og andre økonomiske indgreb har ofte været nævnt som om- råder, hvor der måtte gælde et skærpet hjemmelskrav, fordi man her di- rekte lagde beslutning på borgernes indtægter.

### Skatter kræver direkte lov hjemmel

Dette skærpede hjemmelskrav har fundet udtryk i grundlovens § 43, 1. led, hvorefter „ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov“. Denne formulering indebærer, at man ikke gennem bekendtgørelser – hel- ler ikke engang med udtrykkelig lov hjemmel for sådanne bekendtgørelser (anordninger) – kan pålægge befolkningen skatter. Beskatning kan kun ske gennem egentlige love.

### Andre økonomiske indgreb

Et tilsvarende grundlovsbaseret krav gælder ikke for andre økonomiske byrder – gebyrer, brugerbetaling mv. – men på disse områder kan et event- uelt skærpet hjemmelskrav begrundes i det almindelige intensitetssyns- punkt.

Området omkring skatter og andre økonomiske indgreb rejser derfor to spørgsmål: 1) Hvornår er et økonomisk indgreb en skat i grundlovens forstand og dermed direkte omfattet af det skærpede hjemmelskrav i grundlovens § 43? Og 2) Hvis et indgreb ikke er omfattet af § 43, gælder der så alligevel et skærpet hjemmelskrav for indgrebet?

varige. Blandt jurister har det været livligt diskuteret, hvad hjemmelen for detentionsanbringelse så var, og de fleste vil i dag sige, at hjemmelen er en *retssædvanne* (se i kapitel 2 om dette begreb). Det er ikke særligt tilfreds- stillende i forhold til borgernes retssikkerhed, at de på dette område kan frihedsberøves uden lov hjemmel, men det bliver accepteret, netop fordi der er tale om forholdsvist beskedne (kortvarige) indgreb. Intensitetssynspunk- tet påvirker altså også hjemmelskravet inden for de enkelte typer af ind- greb.

## Straf

### Hjemmelskrav ved straf

Det er tidligere omtalt, at der i straffelovens § 1 er et krav om klar hjemmel for at idømme straf.

Også dette er begrundet i, at straf af de fleste opfattes som et meget al- vorligt indgreb – ikke alene på grund af ubehaget ved selve straffen (bøde, fængsel), men også på grund af den nedsættelse af ens omdømme, der følger med at være straffet.

### Straffelovens § 1 og forvaltningslovene

Straffelovens § 1 gælder naturligvis, når det drejer sig om overtrædelse af straffelovens egne regler. Dette er imidlertid ikke så interessant i forval- tningsretlig sammenhæng, fordi de fleste overtrædelser af de forvaltnings- retlige love ikke straffes efter straffeloven, men efter særlige bestemmelser i de enkelte forvaltningsretlige love. I princippet gælder straffelovens § 1 og så for disse forvaltningsretlige straffebestemmelser – det fremgår af straffe- lovens § 2 – men i praksis har der været nogen usikkerhed om, hvorvidt kravet om skærpet hjemmel ved straf også blev opretholdt, når det drejede sig om overtrædelse af de forvaltningsretlige love.

### Domspraksis støtter skærpet hjemmelskrav

I domstolenes praksis har man dog kunnet se en øget tendens til også i disse sammenhænge at anvende et skærpet hjemmelskrav. Som eksempel kan nævnes sagen U 1971.456 H, hvor en arbejds giver var tiltalt for ikke at have indbetalt ATP-bidrag for en lærling i sin virksomhed. Den pågældende læ- ring var over 18 år og behøvede derfor ikke at have en lærekontrakt, men i denne sag var der faktisk oprettet lærekontrakt. Af ATP-loven fremgik, at lærlinge med lærekontrakt var undtaget for indbetaling af ATP-bidrag, og

**Hvad er skat?**

Den almindelige definition på en skat er en betaling fra borgerne til det offentlige, hvor man ikke umiddelbart får noget til gengæld, og hvor betalingen heller ikke har betydning for, hvor mange offentlige ydelser, man i øvrigt har adgang til. Typiske eksempler på skat er indkomstskatten, moms og afgifter på fx benzin, tobak og spiritus. Hvis der derimod er en umiddelbar sammenhæng mellem betaling og ydelse, bruges betegnelsen gebyr, brugeravgift eller lignende. Hvis gebyret dækker mere end udgifterne til den pågældende ydelse, må det i virkeligheden betragtes som en skjult skat, som dermed er omfattet af grundlovens § 43. Disse principper har Højesteret godkendt i U 1993.757 H („gebyrsagen“), men samtidig godkendte Højesteret en ret vidtgående fortolkning af, hvilke udgifter der kunne dækkes gennem gebyrer, uden at det blev en skat. Realiteten er derfor nok, at kun i tilfælde, hvor et gebyr klart overskrider grænsen for de udgifter, der er forbundet med ydelsen fra det offentlige, vil domstolene kræve, at grundlovens § 43 anvendes.

**Hjemmelskrav for gebyrer**

Dermed er der også i et vist omfang taget hul på besvarelsen af det andet spørgsmål. Det følger nemlig af gebyrsagen, at overgrænsen for et gebyr (brugerbetaling, deltagerskud etc.) er de udgifter, der medgår til at producere den pågældende ydelse. Tilbage er imidlertid spørgsmålet om, hvilken form for hjemmel der kræves for sådanne gebyrer.

**Betaling for frivillige tilbud**

Her viser retspraksis, at hvis der er tale om et aftalelignende forhold mellem borgerne og det offentlige, hvor borgerne frivilligt benytter sig af et offentligt tilbud, kan der ikke stilles krav om særlig hjemmel for gebyr. I disse tilfælde gælder altså ikke et skærpet hjemmelskrav, men snarere et lempet hjemmelskrav – en slags forudsat hjemmel på linie med anstaltsbetragtninger. Som eksempler fra denne gruppe kan nævnes afgift for benyttelse af offentligt torveplads, betaling for at benytte en offentlig svømmehal, og billetbetaling for benyttelse af kollektiv transport. Det er i denne forbindelse vigtigt at understrege, at det forudsætter, at det reelt er frivilligt for borgerne at benytte tilbuddet. I disse situationer kan man endda opkræve gebyrer for ekstraydelser på områder, hvor det i øvrigt er gratis at benytte offentlige ydelser. Eksempler herpå er U 1983.871 H om betaling for en skoleudflugt

til Zoologisk Have og U 1986.917 H om betaling for at få tilsendt meddelelse fra biblioteket om reserverede bøger.

**Betaling for nødvendige ydelser**

Er der derimod ikke tale om reel frivillighed, kan der kun opkræves gebyrer, hvis der er lovhemmel for det, men i modsætning til skatter er der ikke noget krav om, at selve gebyrstørrelsen direkte fremgår af loven – kun at loven skal give muligheden for at opkræve gebyr. Fastsættelsen af selve gebyrstørrelsen kan derimod ske administrativt i form af bekendtgørelse. Eksempler på sådanne ydelser, som det reelt er nødvendigt for mange borgere at benytte, er udstedelse af pas og kørekort, pasning af børn i offentlige daginstitutioner og indlæggelse på offentlige sygehuse.

**Andre områder med skærpet hjemmelskrav**

Til sidst vil vi kort omtale nogle indgreb over for borgerne, som også i den juridiske teori er blevet betragtet som så intensive, at de kunne begrunde et skærpet hjemmelskrav.

**Særlige grundlovsbestemmelser**

I grundlovens § 72 beskyttes boligens ukrænkelighed og i § 73 ejendomsrettens ukrænkelighed. Ingen af de to bestemmelser indebærer et egentligt forbud mod, at der gøres indgreb i disse rettigheder, men kun at grundlovens særlige bestemmelser om fremgangsmåden ved sådanne indgreb skal følges. Dette medfører, at lovgivningsmagten mere direkte skal have taget stilling til indgrebet. Derudover er det naturligt at opfatte rettighedernes placering i grundloven som et krav om, at der i øvrigt gælder et skærpet hjemmelskrav på disse områder.

**Tilbagevirkende kraft**

Skal man anvende regler med tilbagevirkende kraft, betyder det, at borgerne ikke har haft mulighed for at indrette sig efter reglerne på det tidspunkt, de foretog de handlinger, der nu rammes af de tilbagevirkende regler. Dette er – når reglerne er bebyrdende for borgerne – retssikkerhedsmæssigt yderst betænkeligt, og selv om der ikke i Danmark gælder et egentligt forbud mod regler med tilbagevirkende kraft, er der i hvert fald ingen tvivl om, at der gælder et skærpet hjemmelskrav på dette felt.

### Indgreb i borgernes erhvervsmuligheder

Et yderligere område, hvor indgreb ofte vil ramme borgerne hårdt, er muligheden for at udøve deres erhverv. Ved mere alvorlige begrænsninger i *adgangen til erhvervsudøvelse* gælder der derfor også et skærpet hjemmelskrav.

#### 7.2.2.2 Forvaltningsområder med lempet hjemmelskrav

Som omtalt betyder intensitetssynspunktet, at kravet til hjemmelens styrke generelt falder, jo svagere et indgreb rammer borgerne. Dette har vi blandt andet set ved eksemplerne på stiltiende eller forudsat lov hjemmel og også i forbindelse med de kortvarige detentionsanbringelser i forhold til de mere langvarige frihedsberøvelser.

I dette afsnit vil vi se nærmere på nogle forvaltningsområder, hvor der generelt gælder et lempet hjemmelskrav, og herunder også undersøge hvor svag hjemmel, der overhovedet kan blive tale om at acceptere.

### Forvaltningens interne organisation

#### Forvaltningens organisation har kun indirekte virkning for borgerne

Umiddelbart påvirkes borgernes retsstilling ikke af den måde, som forvaltningen er organiseret på, og det er derfor også accepteret, at der kan ske fx ekstern delegation (se afsnit 5.4.2.3) uden lov hjemmel. Endvidere giver selve o/u-forholdene inden for de enkelte myndigheder og mellem forskellige myndigheder (se kapitel 3) mulighed for at fastsætte en lang række bestemmelser for, hvordan myndighederne skal være organiseret, og for hvordan sagsbehandlingen skal foregå inden for de offentlige myndigheder.

På den anden side er det også klart, at sådanne forhold omkring forvaltningens interne organisation reelt kan have betydning for borgerne. Hvis sagsbehandlingen tilrettelægges på en uhensigtsmæssig måde, kan borgerne komme til at vente længere på en afgørelse af deres sager, og risikoen for, at der træffes forkerte afgørelser, øges også, hvis kompetencen henlægges til en myndighed, der er mindre egnet til at afgøre bestemte typer af sager.

Da disse virkninger for borgerne inidlertid kun er indirekte følger af beslutninger, der ikke umiddelbart retter sig mod borgerne, stilles der ikke særlige hjemmelskrav for at træffe sådanne beslutninger.

### Selvstændig anordningsmyndighed

#### Intet hjemmelskrav ved anordninger uden virkning for borgerne

Normalt vil en bekendtgørelse (anordning) have direkte retsvirkninger for borgerne, og i disse tilfælde gælder det almindelige krav om lov hjemmel – omend med vekslende styrke alt efter indgrebets art og betydning for de berørte borgere. Man kan imidlertid undtagelsesvis tænke sig, at der udstedes bekendtgørelser, der ikke har direkte retsvirkninger for borgerne, og det kunne så være naturligt at spørge, om kravet om lov hjemmel også gælder i disse situationer.

Spørgsmålet har ikke særlig stor praktisk betydning, men har været meget omtvistet blandt jurister, og vil derfor kort blive omtalt her. Baggrunden for det almindelige hjemmelskrav er som nævnt, at forvaltningen ikke i grundloven har fået selvstændige beføjelser til at fastlægge retstilstanden for borgerne. Forvaltningen kan kun fastsætte retsregler, hvis beføjelserne kan afledes fra love vedtaget i det demokratiske valgte Folketing. Men hvis en bekendtgørelse ingen retsvirkninger har for borgerne, falder denne begrundelse for hjemmelskravet væk. Der er derfor blandt de fleste jurister enighed om, at forvaltningen på egen hånd da kan udstede bekendtgørelser – at den har en *selvstændig anordningsmyndighed*. Dette kan siges at ligge i grundlovens § 3, 2. pkt., hvorefter den udøvende magt er hos Kongen (regeringen). Som sagt har spørgsmålet begrænset praktisk betydning – dels fordi der lovgives på flere og flere områder, og så må den selvstændige anordningsmyndighed i hvert fald vige, jf. den formelle lovs princip, dels fordi det er vanskeligt at finde eksempler på bekendtgørelser, der ikke har retsvirkninger for borgerne. Som et eksempel på anvendelsen af den selvstændige anordningsmyndighed kan måske nævnes den tidligere gældende bekendtgørelse om Dansk Sprognævn (bek. nr. 563 af 26. november 1981), hvorefter Dansk Sprognævn kun havde rådgivende og vejledende funktioner i forhold til borgerne. Da bevillingerne til Sprognævnet var optaget på finansloven, kunne man inidlertid også argumentere for, at bekendtgørelsen om Dansk Sprognævn havde stiltiende eller forudsat lov hjemmel i finansloven.

## Bibestemmelser/vilkår

### Bibestemmelser

I forbindelse med udstedelse af begunstigende forvaltningsakter – tilladelser, bevillinger eller godkendelser – er det ikke ualmindeligt, at der knyttes visse betingelser til selve den begunstigende afgørelse. Sådanne betingelser kaldes med et fælles udtryk bibestemmelser eller vilkår. Søges der fx om tilladelse til opførelse af en garage, kan kommunen som betingelse for at give en sådan tilladelse stille krav om, at garagen skal opføres i bestemte materialer, og søges der om tilladelse til at opføre en forurenende fabrik, kan en tilladelse betinges af, at spildevand fra fabrikken renses på nærmere bestemte måder.

I forvaltningsretlig sammenhæng rejser bibestemmelser en række forskellige spørgsmål: Til hvilke typer af forvaltningsakter kan der knyttes bibestemmelser? Hvilken hjemmel kræves der for at knytte bibestemmelser til forvaltningsakter, og hvilke krav kan der stilles til de bibestemmelser, som der er hjemmel for at stille?

Som allerede nævnt er det kun i forbindelse med de begunstigende forvaltningsakter, at det giver mening at udstede bibestemmelser. Spørgsmålet kan derfor omformuleres til, om der kan knyttes bibestemmelser til alle begunstigende forvaltningsakter, eller kun til nogle typer af begunstigende afgørelser.

### Bibestemmelser og rets anvendelse – Bibestemmelser og skøn

Hvis lovgivningen på et område fuldstændigt har fastlagt betingelserne for at opnå en begunstigende afgørelse – som det fx er tilfældet, hvis man ønsker at gå på efterløn – kan forvaltningen (selvfølgelig) ikke selv opstille yderligere betingelser for at opnå den ønskede afgørelse. Hvis det var tilfældet, ville forvaltningen sætte sig over lovgivningsmagten, og dette ville være i modstrid med den formelle lovs princip. Mens der altså ikke kan knyttes bibestemmelser til fuldt lovbundne afgørelser, er situationen anderledes ved de afgørelser, vi tidligere har kaldt skønsmæssige. Her har lovgivningsmagten overladt til forvaltningen at fastlægge de nærmere regler for, hvornår der skal gives begunstigende afgørelser, og hvornår der skal gives afslag, og det må derfor også være muligt for forvaltningen som en mellemløsning at give en begunstigende afgørelse med visse vilkår knyttet til afgørelsen.

I en sådan situation, hvor en borger har modtaget en begunstigende afgørelse knyttet sammen med gyldige bibestemmelser, har borgeren mulighed for at udnytte tilladelsen, hvis han opfylder vilkårene, men han kan også vælge ikke at opfylde vilkårene, og i så fald vil tilladelsen bortfalde. Renserbrikken ikke sit spildevand efter de regler, der er opstillet i tilladelsen til at opføre fabrikken, vil fabrikken ikke længere være lovlig og kan derfor i princippet lukkes.

### Hjemmelskrav til bibestemmelser

Spørgsmålet er herefter, hvilken form for hjemmel, der kræves for at opstille vilkår i forbindelse med skønsmæssige afgørelser. I en lang række situationer, hvor man erfaringsmæssigt ved, at der er brug for at knytte bibestemmelser til begunstigende afgørelser, er der i selve loven givet hjemmel til at stille vilkår. I så fald er der naturligvis ikke noget hjemmelsproblem, idet der så er almindelig lov hjemmel for det indgreb, der berører borgernes retsstilling. Eksempler på sådanne lovbestemmelser, der giver hjemmel til at stille vilkår, findes i miljøbeskyttelseslovens § 34 og i byggelovens § 22, stk. 6.

Det antages imidlertid også, at man selv uden lov hjemmel har mulighed for at knytte bibestemmelser til begunstigende skønsmæssige forvaltningsakter – at der altså gælder et lempet hjemmelskrav i forbindelse med udstedelse af bibestemmelser. Argumentationen for dette synspunkt er den tidligere anførte: Når forvaltningen har hjemmel til at give et rent afslag, må den også have en underforstået hjemmel til at foretage et mindre indgreb over for borgeren: at give en tilladelse med vilkår. Synes borgeren, disse vilkår er for strenge, har han altid mulighed for at undlade at bruge tilladelsen og vil dermed være stillet, som om han havde fået et egentligt afslag.

### Indholdskrav til bibestemmelser

Det sidste spørgsmål i forbindelse med bibestemmelser er herefter, hvilket indhold sådanne bibestemmelser kan have. I forbindelse med udstedelse af anstaltsanordninger – som jo i virkeligheden også er et område, hvor der gælder et lempet hjemmelskrav – bemærkede vi, at sådanne anordninger kun kunne indeholde regler, der havde betydning for anstaltens funktion. På tilsvarende måde skal bibestemmelser også have relation til det område, som selve den begunstigende afgørelse vedrører. For at give et eksempel: I forbindelse med godkendelse af opførelse af en fabrik efter miljøbeskyttelsesloven, er det lovligt at stille betingelser om rensning af spildevand, mens

mere at se på, hvordan især hjemmelkravet anvendes i forhold til kommunale afgørelser.

### Den formelle lovs princip gælder

Indledningsvis kan det bemærkes, at den formelle lovs princip uden videre er gældende også for kommunerne – det fremgår også af grundlovens § 82, hvorefter kommunerne ret til selvstændigt at styre deres anliggender reguleres ved lov. Dette indebærer, at de særlige rettigheder, der kan indfortolkes i retten til at styre kommunerne selvstændigt (se herom senere i dette kapitel), må vige, hvis Folketinget vedtager love, der begrænser eller ændrer disse rettigheder.

### Typisk foreligger lov hjemmel

For langt de fleste kommunale afgørelses vedkommende foreligger der almindelig lov hjemmel. Det gælder således eksempelvis de store udgiftskrævende områder som socialvæsen, sygehuse, folkeskole og gymnasier, vejanlæg og -vedligeholdelse og miljøkontrol, men også områder hvor man gennem tilladelser fastlægger borgernes rettigheder, fx ved udstedelse af byggetilladelser. Her må hjemmelsbestemmelserne fortolkes på helt normal måde – herunder med hensynstagen til de tidligere gennemgåede synspunkter vedrørende områder med skærpet og lempet hjemmelkrav.

### Kommunernes ret til selvstændig skatteudskrivning og kommunalfuldmagten

For ikke-kommunale forvaltningsorganer vil kravet om lov hjemmel under en eller anden form sætte grænser for, hvilke afgørelser der kan træffes, og hvilke aktiviteter der kan iværksættes. Her er det inderligere, at grundlovens særlige regel i § 82 om kommunernes selvstændighed kommer til at spille en rolle. I denne bestemmelse indfortolkes en ret for kommunerne til selv at opkræve skatter og til også selv at disponere over disse skatteindtægter – naturligvis inden for lovgivningens rammer. Sagt på en anden måde kan man sige, at grundlovens § 82 giver en hjemmel for kommunerne til at igangsætte aktiviteter og træffe afgørelser på områder, der ikke er lovregulerede. De nærmere regler, der gælder for udnyttelsen af denne hjemmel, samles normalt i betegnelsen kommunalfuldmagten.

### Lovmæssige begrænsninger

Den formelle lovs princip indebærer, at på områder, hvor lovgivningen klart har forbeholdt en opgave for staten, kan kommunerne ikke udnytte

det fx ikke ville være lovligt at stille som betingelse, at virksomheden skulle beskæftige en vis mængde af flygtninge og indvandrere for at opnå tilladelsen.

Da også bibestemmelser i sig selv er skønsmæssige afgørelser, er de i det hele taget undergivet de uskrevede regler for indholdet af skønsmæssige forvaltningsafgørelser, som vi vil gennemgå i nogle af de senere afsnit af dette kapitel. Man bør derfor ved gennemgangen af disse huske på, at de ikke alene gælder selve "hovedafgørelsen", men også de vilkår der måtte blive knyttet til denne.

### Klarheds- og bestemtighedskrav

Mens bibestemmelser knytter sig til en begunstigende afgørelse, er bibestemmelserne i sig selv bebyrdende for den borger, de er rettet til. Bibestemmelser skal derfor – ligesom alle andre bebyrdende afgørelser – leve op til kravet om klarhed og bestemtighed; gør de ikke det, vil de være ugyldige. Til illustration kan vi forestille os, at der til den tidligere omtalte godkendelse af en forurenende fabrik blev knyttet et vilkår om, at spildevandet skulle renses "i nødvendigt omfang". Det er oplagt, at fabrikken med en sådan bibestemmelse reelt ikke har mulighed for at vide, hvilke krav der stilles til den, og en sådan bestemmelse må derfor også anses for ugyldig. For at leve op til bestemtighedskravet kunne forvaltningen enten have angivet, på hvilken måde spildevandet skulle renses, eller man kunne have angivet, hvor forurenat spildevandet måtte være efter rensning og dermed overlade det til fabrikken selv at opnå den ønskede vandkvalitet. I begge situationer ville fabrikken have mulighed for at vide, hvad der nærmere blev krævet for at produktionen kunne sættes i gang, og dermed for at vurdere om man overhovedet ønskede at udnytte tilladelsen.

### 7.2.2.3 Hjemmel for kommunale afgørelser – kommunalfuldmagten

#### Kommunernes selvstændighed

Både primær- og antiskommunerne er en del af den samlede offentlige forvaltning, og de er i princippet undergivet de samme krav som alle andre forvaltningsmyndigheder – også når det gælder de indholdsmæssige krav til en afgørelse. På den anden side indtager kommunerne en særstilling i forhold til andre forvaltningsmyndigheder, da de er særligt omtalt i grundlovens § 82. Det fastslås her, at de har ret til selvstændigt at styre deres anliggender – dog under statens tilsyn. Det er derfor nødvendigt lidt nær-

fællesskaber i form af andre kommuners borgere. Disse krav skal ikke forstås som absolutte – naturligvis vil nogle borgere i en kommune benytte fx et musikhus mere end andre, men i princippet er muligheden til stede for alle kommuners borgere. På tilsvarende måde er det naturligvis ikke udelukket, at andre kommuners borgere kan benytte et kommunalt musikhus, men opførelsen af musikhuset skal især forventes at komme den pågældende kommunes borgere til gode.

### Lokalitetsprincippet

Kravet om, at aktiviteter, der er igangsat på baggrund af kommunalfuldmagten, skal være til gavn for fællesskabet og til særlig gavn for den pågældende kommunes borgere, sammenfattes ofte som *lokalitetsprincippet*. Også dette princip kan i sidste ende udledes af grundlovens § 82, idet kommunen kun har ret til selvstændigt at styre deres (underforstået egne) anlæg – gik man ud over lokalitetsprincippet, ville det ikke længere være kommunens egne anlæg, der drejede sig om.

### Kommunalfuldmagten i praksis

Ser man herefter på, hvor kommunalfuldmagten er blevet brugt i praksis, viser det sig, at det især er inden for kultur- og fritidsområdet, der er igangsat aktiviteter med denne hjemmel. Eksemplet med et kommunalt musikhus er allerede nævnt, og derudover kan kommunen fx arrangere udstillinger eller koncerter – eller give økonomisk støtte til sådanne aktiviteter. På fritidsområdet anvender mange kommuner ganske store beløb på idrætsanlæg og på støtte til idrætsklubber samt på foranstaltninger til unge i form af klubvirksomhed mv., men også oprettelse og drift af parker kunne nævnes inden for fritidsområdet.

### Kommunernes erhvervsmæssige engagement

Kommuners engagement på erhvervsmæssige områder er et emne, hvor det særlig har været omdiskuteret, hvor langt kommunerne kunne gå. Spørgsmålet kan i virkeligheden deles i to underspørgsmål – dels om kommunernes egne muligheder for at igangsætte erhvervsmæssig produktion, dels om kommunernes muligheder for at støtte det private erhvervsliv i kommunen.

kommunalfuldmagten til at igangsætte aktiviteter. Eksempler herpå er udenrigspolitik (grundlovens § 19) og oprettelse og drift af universiteter. På tilsvarende måde kan primærkommunerne ikke tage aktiviteter op, som er forbeholdt amtskommunerne – fx gymnasieundervisning – og amtskommunerne ikke beskæftige sig med primærkommunale aktiviteter – fx folkeskoleundervisning. Der anvendes her modsætningslutninger fra lovgivningen.

### Udfoldning af kommunalfuldmagten

Ved at se på lovgivningen om kommunernes opgaver kan man få et indtryk af, hvilke opgaver lovgivningsmagten har betragtet som naturlige kommunale opgaver, og dette kan i nogle tilfælde udnyttes til nærmere at udfylde, hvad der ligger i kommunalfuldmagten. Hvis således lovgivningen på en lang række områder har pålagt kommunerne miljøopgaver, tyder dette på, at det også uden for de udtrykkeligt lovregulerede områder vil være lovligt for kommunerne at tage miljøopgaver op – med hjemmel i kommunalfuldmagten. I disse tilfælde kan man sige, at kommunalfuldmagten får et mere konkret indhold gennem analogier til den udtrykkelige lovgivning.

### Hvilke typer af aktiviteter omfattes af kommunalfuldmagten?

I kapitel 4 om forvaltningens opgaver omtalte vi, at forvaltningens aktiviteter kunne opdeles i tre hovedområder: Retlig regulering, ydelser og opkrævning. Denne opdeling har betydning for udnyttelsen af kommunalfuldmagten, idet man antager, at både retlig regulering og opkrævning kræver egentlig lov hjemmel og altså ikke kan finde sted med baggrund i kommunalfuldmagten. Tilbage bliver altså ydelserne, og her gælder den yderligere begrænsning, at ydelser til enkeltpersoner også antages at kræve lov hjemmel, som det fx er tilfældet i den sociale servicelov. Området for kommunalfuldmagts udnyttelse kan derfor defineres som ydelser, som ikke gives til enkeltpersoner, og hvor lovgivningen ikke i øvrigt har fastlagt særlige regler.

### Fællesskabet skal tilgodeses

Selv inden for dette område gælder der imidlertid yderligere krav, hvis kommunalfuldmagten skal udnyttes til at igangsætte kommunale aktiviteter. I selve ordet kommune ligger det latinske ord for fællesskab gemt – man siger derfor, at aktiviteter på baggrund af kommunalfuldmagten skal komme fællesskabet til gode (modsat enkeltpersoner) og ikke andre kommunale

**Ingen urimelig konkurrence**

Udgangspunktet for en stillingtagen til begge spørgsmål er, at kommunernes aktiviteter ikke må påføre det private erhvervsliv (urimelig) konkurrence. Sagt på en anden måde kan det udtrykkes sådan, at det ikke er en kommunal, men statslig opgave, hvis der skal ændres på fordelingen mellem den offentlige og private sektor i Danmark. Det betyder i forbindelse med egentlig kommunal erhvervsproduktion, at dette kun er tilladt i ganske få situationer.

**Produktion til eget forbrug**

Så længe kommunen kun producerer til eget forbrug, er erhvervsmæssig produktion lovlig. Som eksempel på dette kan nævnes et kommunalt gartneri, der producerer planter til parker og veje, eller en kommunal virksomhed, der producerer legeredskaber til kommunens børnehaver.

**Biprodukter**

Derudover er kommunal produktion lovlig, hvis den kan opfattes som et uundgåeligt biprodukt af en i øvrigt lovlig kommunal aktivitet. Kommunerne har fx pligt til at oprette revalideringsinstitutioner, og for at revalideringen skal kunne opfylde sit formål, må aktiviteterne foregå på nogenlunde samme vilkår som i erhvervslivet. Det kan betyde, at der i disse virksomheder skabes produkter, som også produceres i erhvervslivet, og det ville selvfølgelig være urimeligt og uøkonomisk, hvis revalideringsvirksomheden ikke havde mulighed for at afhænde disse ved salg. Da princippet om ikke at påføre erhvervslivet urimelig konkurrence imidlertid stadig er væsentligt, kræves det, at sådanne biprodukter sælges til markedsprisen.

**Tilknyttet virksomhed**

Endvidere har kommunerne mulighed for at drive erhvervsvirksomhed, som naturligt knytter sig til lovlige aktiviteter, uden at der direkte er tale om et biprodukt – såkaldt *accessorisk virksomhed*. Her kunne fx nævnes en cafe eller restaurant i forbindelse med et musikhus. Også ved accessorisk virksomhed er det et krav, at den drives på markedsvilkår, således at det private erhvervsliv ikke påføres urimelig konkurrence gennem brug af skattebetalte tilskud.

**Transport og forsyning**

Endelig har kommunerne traditionelt haft mulighed for at tilbyde kollektiv transport og at drive forsyningsvirksomhed (el-, gas- og vandforsyning) – også i konkurrence med private. Baggrunden for dette er nok, at selv om det i et vist omfang har karakter af konkurrencemæssig produktion, indeholder begge områder også elementer af begrebet *infrastruktur* – altså nogle grundlæggende forudsætninger for at et moderne samfund overhovedet kan fungere. Generelt har det været accepteret, at kommunerne kan anvende kommunalfuldmagten til at skabe infrastrukturfaciliteter – naturligvis med respekt for lokalitetsprincippet.

**Erhvervsstøtte**

Diskussionen om kommunernes muligheder for at engagere sig i opbygningen af infrastruktur danner en god overgang til det andet underspørgsmål om kommunernes muligheder for at støtte det private erhvervsliv. Ud fra princippet om at ydelser til enkeltpersoner kræver lov hjemmel, er det oplagt, at kommuner ikke lovligt kan støtte enkelte erhvervsvirksomheder – dette ville også forrykke konkurrencesituationen mellem virksomhederne på markedet. På den anden side må kommunerne gerne anvende kommunale midler til støtte for erhvervslivet, hvis det kommer en større gruppe af virksomheder til gode, idet det så kan opfattes som en form for infrastruktur. Fra praksis kan nævnes, at det fx er blevet accepteret, at en kommune gav tilskud til opførelse af en fragtmændshal eller en ophalingsrampe for fiskekuttere. Ligeledes er der mange kommuner, der driver eller giver tilskud til kommunale erhvervsfonde og turistkontorer.

**Støtte som del af infrastrukturplan**

Infrastruktursynspunktet kan endda i nogle tilfælde føre til, at ellers ulovlige kommunale tilskud bliver lovlige. Det er fx ikke en lovlig kommunal opgave at bygge posthuse (og dermed heller ikke at give tilskud til et sådant byggeri), men hvis kommunen af byplanmæssige hensyn ønsker en særlig dyr byggemetode anvendt – fx fordi kommunen ønsker en særlig smuk facade, som passer ind i bymiljøet – er det lovligt, at kommunen i form af tilskud dækker differencen mellem den normale byggepris og den af kommunen ønskede højere byggepris. Det er også blevet accepteret i praksis, at en kommune kunne give tilskud til byggeri af et butikscenter, fordi dette var forudsætningen for at få placeret centeret på det sted, hvor det gav den bedste samlede butiksdekning i kommunen.

### Støtte til vitale virksomheder

Endelig har man i enkelte undtagelsestilfælde accepteret, at der blev givet deciderede tilskud til enkeltvirksomheder, selv om dette ikke kunne forklares som et udslag af infrastrukturnbspunktet. Dette er sket i situationer, hvor en kommune har været helt afhængig af en enkelt virksomhed, og hvor den pågældende virksomhed ellers var truet af lukning („nødstedte virksomheder“). Eksemplerne på en sådan støtte er ret gamle, og det er i dag ret usandsynligt, at der kan gives kommunal støtte ud fra disse synspunkter. Ganske vist er der stadig eksempler på kommuner, der er stærkt afhængige af én enkelt virksomhed (Billund og Lego, Nordborg og Danfoss og Struer og B&O), men skulle disse virksomheder virkelig blive nødlidende, ville det langt overstige de pågældende kommuners økonomiske muligheder at redde dem. Skulle der gives offentlig økonomisk hjælp i sådanne situationer, måtte den derfor komme fra staten eller EU.

## 7.3 Uskrevne krav

I dette afsnit beskrives de såkaldte uskrevne krav til forvaltningsafgørelser indhold. Først beskrives de situationer, hvor disse krav er relevante. Dernæst beskrives det nærmere indhold af de uskrevne krav.

### 7.3.1 Forvaltningen skal være overladt et skøn

#### Det administrative skøn

De uskrevne krav til forvaltningsafgørelser indhold er aktuelle, hvor lovgivningen overlader det til forvaltningen at træffe afgørelse i henhold til upræcise bestemmelser. De uskrevne krav er med andre ord relevante, hvor lovgivningen overlader forvaltningen et skøn.

Forvaltningen er overladt et skøn, hvor en bestemmelse er upræcis eller tom i beskrivelsen af de forhold, der skal være til stede, for at forvaltningen kan træffe afgørelse efter bestemmelsen. Endvidere er forvaltningen overladt et skøn, hvor afgørelsens indhold ikke er præcist beskrevet i den pågældende bestemmelse. Forvaltningen kan altså være overladt et skøn

både med hensyn til at vurdere, om der skal træffes en afgørelse, og hvad en afgørelse skal gå ud på.

Omfanget af forvaltningens skøn hænger sammen med den pågældende bestemmelses formulering.

#### Intet skøn

En bestemmelse kan være formuleret med en sådan høj grad af præcision, at der slet ikke er plads til noget spillerum for forvaltningen. Som eksempel på en sådan meget præcis bestemmelse kan nævnes tjenestemandsovens § 29, hvorefter en tjenestemand skal afskediges ved udgangen af den måned, hvori han fylder 70 år. Som et andet eksempel kan nævnes § 1, stk. 1, i loven om fodterapeuter, der bestemmer, at ret til at få autorisation som fodterapeut har den, der har bestået eksamen ved en fodterapeutskole, der er godkendt af indenrigsministeren.

#### Fortolkning

Selv *forholdsvis* præcise regler kan give anledning til tvivl, men heller ikke i denne situation tales der om, at forvaltningen er overladt et skøn, idet den tvivl i almindelighed kan afklares ved en fortolkning. Som eksempel herpå kan nævnes U 1969.56 H og U 1969.59 H, hvor Højesteret fandt, at en stolpekonstruktion henholdsvis nogle halvtage, der anvendtes til opbevaringsformål, måtte karakteriseres som bygninger i den nu ophævede byreguleringslovs forstand. Et andet eksempel er U 1985.125 H, hvor Højesteret fastslog, at den nu ophævede kommuneplanlovs § 45, stk. 1, hvorefter kommunen kunne modsætte sig, at „bestående boligbebyggelse tages i brug til miljøforringende erhvervsformål“, ikke kunne anvendes på lokaler, der hidtil havde været anvendt til erhvervsformål.

#### Vage og elastiske bestemmelser – „Bundet skøn“

Derimod kan mere *upræcise* eller *vage* og *elastiske bestemmelser* overlade forvaltningen et vist skøn. Disse bestemmelser, der med hensyn til formulering dækker et meget bredt område, er ofte blevet karakteriseret som mellemting mellem retsanvendelse og skøn. Der tænkes her på, at de indeholder en vis beskrivelse af de forhold, der skal være til stede, for at der kan træffes en afgørelse, men at beskrivelsen ikke altid er tilstrækkelig præcis til, at der uden videre kan træffes afgørelse i den enkelte sag.

Som eksempel på en vag og elastisk lovbestemmelse kan nævnes en bestemmelse, der som forudsætning for at træffe en bestemt afgørelse kræ-

nisteren kan meddele en person fri proces, selv om personen ikke opfylder de almindelige betingelser herfor, „når særlige grunde taler derfor“, jf. her- ved U 1987/733.

### Skala med glidende overgange

Når der foran sondres mellem meget præcise bestemmelser, forholdsvis præcise bestemmelser, vage og elastiske bestemmelser og meget upræcise eller ligefrem tomme bestemmelser, er det vigtig at være opmærksom på, at der ikke er tale om skarpt adskilte kategorier af bestemmelser, men derimod om en skala med glidende overgange mellem de forskellige typer af bestemmelser.

### Retsfaktum og retsfølge

De eksempler, der er omtalt ved beskrivelsen af de forskellige typer af bestemmelser, knytter sig alle til bestemmelsens beskrivelse af de forhold, der skal være til stede, for at der kan træffes afgørelse efter den pågældende bestemmelse. Det er da også karakteristisk, at forvaltningens skøn almindeligvis vedrører betingelserne (rets faktum) for at træffe afgørelse. Som nævnt kan forvaltningen dog også være overladt et skøn med hensyn til afgørelsens indhold (retsfølge). Som eksempel herpå kan nævnes tjenstemandslovens § 24, hvori det bestemmes, at som disciplinær straf for en tjenstlig forseelse kan anvendes advarsel eller irettesættelse, bøde, der dog ikke må overstige 1/2 månedsløn, overførelse til andet arbejde eller andet arbejdssted eller til anden stilling inden eller uden for ansættelsesområdet, degradation – herunder nedrykning med ét eller flere løntrin inden for samme lønramme – eller afsked.

### Værdiskøn. Skøn vedrørende faktiske forhold

De foranstående bemærkninger vedrørende forvaltningens skøn vedrører tilfælde, hvor skønnet knytter sig til en bestemmelses formulering. En anden form for skøn er det såkaldte værdiskøn. Dette skøn er ikke en konsekvens af en upræcist formuleret bestemmelse, men vedrører faktiske forhold (faktum).

Værdiskønnet omfatter det såkaldte bevisskøn og skøn med hensyn til fastlæggelsen af værdien af forskellige goder.

Bevisskønnet er et skøn over, hvilke faktiske omstændigheder, der skal lægges til grund for en afgørelse. Bevisskønnet anvendes, hvor der ikke kan skaffes dokumentation for de faktiske forhold i en sag. Anvendelse af bevis-

ver, at et område er „stærkt bymæssig bebygget“. Det kan efter omstændighederne være vanskeligt at vurdere, om et givent område kan betragtes som „stærkt bymæssig bebygget“. Bidrag til en nærmere forståelse af begrebet kan eventuelt søges i lovbestemmelsens forarbejder eller i lovens formål. Afhængig af hvor langt de foreliggende fortolkningsbidrag rækker, vil forvaltningen dog ofte være nødt til at foretage visse skønspregede vurderinger. I det omfang, der må udøves et skøn, skal forvaltningen respektere de neden for omtalte uskrrevne krav.

Rækkevidden af forvaltningens skøn må i øvrigt også ses i lyset af, hvilket grundlag der gives domstolene for at efterprøve forvaltningens afgørelse. Det har således stor betydning for prøvelsen, hvilket kendskab domstolene får til den konkrete sags faktiske forhold, og i det hele taget, hvorledes prøvelsessagen tilrettelægges, jf. nærmere nedenfor kapitel 9.

Som et andet eksempel på en vag og elastisk lovbestemmelse kan nævnes buslovens § 12, stk. 1, nr. 8, hvorefter det er en betingelse for meddelelse af tilladelse til erhvervsmæssig personbefordring med bus, at ansøgeren i faglig henseende er kvalificeret til at drive vognmandsvirksomhed, og han gør det antageligt, at han vil kunne udøve denne på forsvarlig måde og i overensstemmelse med god skik inden for branchen. Endvidere kan nævnes tjenstemandslovens § 10, hvorefter en tjenstemand samvittighedsfuldt skal overholde de regler, der gælder for hans stilling, og såvel i som uden for tjensten vise sig værdig til den agtelse og tillid, som stillingen kræver.

Det kan ofte være vanskeligt at beskrive, hvilke bånd de vage og elastiske bestemmelser lægger på forvaltningen, og dermed hvilken adgang forvaltningen her indenfor har til at foretage skønsmæssige vurderinger. Næsten i kapitel 9, om domstolsprøvelsen omtales nogle eksempler fra retspraksis.

### Det udprægede skøn

Det udprægede skøn foreligger, hvor bestemmelsens beskrivelse af de forhold, der skal være til stede, for at der kan træffes afgørelse, er meget upræcist eller ligefrem tom. Et eksempel på en sådan meget upræcist eller snarere tom bestemmelse er tjenstemandslovens § 28, hvori det blot hedder, at tjenstemænd kan afskediges uden ansøgning med tre måneders varsel til udgangen af en måned. At forvaltningen er overladt et vidt skøn er en konsekvens af ordet „kan“.

Et vidt skøn for forvaltningen kan også være udtrykt på anden måde. Et eksempel herpå er formuleringen i retsplejelovens § 331, hvorefter justits-

sagerne var utilfredshed med den måde, som Viljo Sigurdson varetog disse sager på, og at dette hensyn lå uden for det område, der efter loven om Københavns kommunes styrelse lovligt kan være grundelsen for en vedtægtsændring om søgsfordelingen. Landsretten pointerede, at kommunen ikke havde godgjort, at vedtægtsændringen var motiveret af hensynet til en hensigtsmæssig strukturel omlægning af forvaltningen af lokalplanområdet. Højesteret accepterede derimod, at begrundelsen for vedtægtsændringen var strukturel uhensigtsmæssighed og fandt, at dette hensyn kunne bære vedtægtsændringen (dog ikke for den løbende valgperiode).

### Typisk ulovlige hensyn

Som omtalt er tankegangen bag magtfordrejningslæren, at når forvaltningen er overladt beføjelser, er det for at varetage bestemte interesser, og at det vil være ulovligt at varetage andre hensyn end de i den pågældende lovgivning forudsatte.

Ved beskrivelsen af de lovlige og ulovlige hensyn har man traditionelt haft opmærksomheden rettet mod de ulovlige hensyn. Således har man opstillet en række hensyn, der i almindelighed vil være ulovlige at varetage.

De typisk usaglige hensyn løser ikke alle de tvivlsspørgsmål, der opstår, når der skal tages stilling til, hvilke hensyn der kan varetages efter en given upræcis bestemmelse. De giver dog en vis vejledning, idet de udtrykker nogle almene synspunkter.

### Private hensyn

Det er oplagt, at varetagelse af *private hensyn* normalt vil falde uden for kredsen af lovlige hensyn. Det gælder ikke blot den pågældende medarbejders egne interesser, men også andre personers private interesser. Som eksempel herpå kan nævnes U 1981.375, hvor Østre Landsret underkendte en kommunes udlæg i henhold til privatvejloven af en vej over nogle ejendomme, idet formålet alene eller i det væsentligste var at skaffe ejeren af et bådebyggeri en yderligere adgangsvej til bådebyggeriet, hvilket han ikke havde kunne opnå ved aftale med ejeren af nabogrunden.

Det vil dog normalt være lovligt at inddrage hensynet til den berørte parts interesser, og det kan følge af den pågældende lovs formål, at også hensynet til andre kan inddrages. Som eksempel på det sidste kan nævnes planlægningslovens §§ 19 og 20 om dispensation fra bestemmelser, der sikrer naboer og andre omkringboendes interesser.

### Partipolitiske hensyn

Det er endvidere oplagt, at forvaltningen ikke må inddrage *partipolitiske* hensyn i skønsudøvelsen. I FOB 1974.156 tiltrådte ombudsmanden en udtalelse fra Undervisningsministeriet om, at det ved ansættelse af lærere i folkeskolen ved kvalifikationsbedømmelsen er udelukket at lægge vægt på ansøgenes politiske stilling.

### Fagforeningsmagtfordrejning

Det er i en række domme vedrørende det offentliges personel fastslået, at en offentlig arbejdsgiver ikke kan stille krav om, at en arbejdstager er medlem af en (bestemt) fagforening (eller en bestemt) arbejdsløshedskasse. Et sådant krav er udtryk for *fagforeningsmagtfordrejning* eller brud på en lighedsgrundsætning.

### Foreningsfrihedsloven

I denne forbindelse må det nævnes, at foreningsfrihedsloven, der gælder for både offentlige og private ansættelsesforhold, i § 2, stk. 1, forbyder, at en lønmodtager afskediges på grund af medlemskab eller manglende medlemskab af foreninger. Lovens § 2, stk. 2 og 3, fastlægger dog visse begrænsninger i forbudet i § 2, stk. 1. Fagforeningsmagtfordrejningsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen kan dog påberåbes ved siden af loven, således at lovens begrænsninger ikke får betydning for offentligt ansatte.

Et eksempel på anvendelse af foreningsfrihedsloven og de uskrrevne retningsgrundsætninger er U 1986.898 H, hvor Højesteret fandt, at afskedigelsen af 8 HT-ansatte chauffører, som ikke ville være medlem af den fagforening, der havde overenskomst med de offentlige arbejdsgivere, var i strid med både foreningsfrihedsloven og lighedsgrundsætningen.

### EMRK artikel 11

I øvrigt bemærkes, at grundsætningen om fagforeningsmagtfordrejning har en vis støtte i Den europæiske Menneskerettighedskonvention, der i et vist omfang beskytter retten til at stå uden for en forening.

### Finansielle hensyn

Det generelle udgangspunkt ved udstedelse af afgørelser er, at det uden for skatte- og afgiftsområdet ikke uden særlige holddepunkter i hjemmelgrundlaget er lovligt at varetage det offentliges *finansielle interesser*. Således

kan en kommune ikke kræve som betingelse for ansættelse eller fortsat ansættelse i kommunens tjeneste, at den pågældende har bopæl i kommunen, når bopælskravet er stillet for at få en skatteindtægt, jf. U 1963.129 H.

I visse sammenhænge kan eller skal der dog lægges vægt på det offentliges finansielle interesser. Eksempelvis kan der foretages afskedigelser af besparelseshensyn. Ved budgetbeslutninger skal der inddrages økonomiske hensyn. Endvidere kan nævnes, at hensynet til at sikre administrativ forenkling (administrativ konvention) og hensynet til at undgå værdispild generelt er lovlige hensyn, jf. nedenfor om lovlige hensyn.

### Den nærmere fastlæggelse af de lovlige hensyn

#### Lovens formål

Når lovgivningsmagten overlader forvaltningen skønsmæssige beføjelser, er det for, at forvaltningen skal varetage visse interesser. Magtfordrejlslæren understreger, at det vil være ulovligt at varetage andre hensyn, end de i den pågældende lovgivning forudsatte.

Det er naturligt, at fastlæggelsen af, hvilke hensyn forvaltningen lovligt kan lægge vægt på, må ske ud fra overvejelser over lovgivningsmagtens mere eller mindre klart tilkendegivne *formål* med den pågældende lov eller bemyndigelse.

#### Fastlæggelsen af formålet

Den nærmere fastlæggelse af lovens eller bemyndigelsens formål foretages på grundlag af en fortolkning. I denne fortolkning inddrages de sædvanlige fortolkningselementer. Således kan lovens formål fremgå af en særlig formålsbestemmelse eller af andre bestemmelser i loven. Formålet vil ofte fremgå af lovens forarbejder. Formålet vil endvidere kunne udledes af bredere overvejelser over lovens formål.

Som eksempel på det anførte kan nævnes den tidligere omtalte sag U 1981.375 om en kommunes vejudlæg i henhold til privatvejløven. Østre Landsret udtalte, at den „i lovens § 23, stk. 3, indeholdte adgang for vejmyndigheden til i særlige tilfælde selv at foretage udlæg af en privat fællesvej, selv om ejeren af en af de berørte ejendomme modsætter sig det, er ikke nærmere afgrænset i loven eller dens forarbejder. Disse forudsætter dog, at bestemmelsen fortsat vil få betydning ved byggemodning af udstykningsområder.“ Om kommunens vejudlæg fastslog landsretten herefter, at „da formålet med det stedfundne vejudlæg efter det oplyste alene

eller i det allervæsentligste må antages at have været at skaffe ejeren af matr. nr. 101, bådebygger Marinus Møller yderligere en adgangsvej til sin ejendom, hvilket han ikke havde kunnet opnå ved aftale med sagsøgeren, findes udlægget ikke at have kunnet foretages med hjemmel i privatvejløvens § 23, stk. 3.“

#### Specialitetsprincipperne

Til hjælp for den nærmere fastlæggelse af de lovlige hensyn i konkrete situationer har man opstillet to såkaldte *specialitetsprincipper*. Dels et *organisatorisk* specialitetsprincip, der indebærer, at en forvaltningsmyndighed ikke kan varetage hensyn, som det tilkommer en anden forvaltningsmyndighed at varetage. Dels et *materielt* specialitetsprincip, hvorefter en myndighed under udøvelsen af sin kompetence i henhold til en given bestemmelse i almindelighed ikke kan varetage interesser, som den har beføjelse til at varetage efter en anden hjemmel.

#### Principperne skal anvendes med tilbageholdenhed

Det er vigtigt at slå fast, at specialitetsprincipperne ikke skal anvendes hårdt, men alene kan vejlede i konkrete sager, hvor der er tvivl om et formåls lovlighed. Hertil kommer, at princippernes betydning har været vigende, idet lovgivningen i stigende grad har været præget af helhedssyn.

#### Hensyn klart forskelligt fra lovens formål

Principperne har først og fremmest betydning, hvor det hensyn, som har været inddraget i afgørelsen, adskiller sig mere klart fra den pågældende lovs formål. Til illustration kan nævnes U 1929.452 H, hvor Højesteret fandt, at en kommune i mangel af lov hjemmel ikke havde været berettiget til at nægte levering af gas og elektricitet som tvangsmiddel til inddragelse af skatterestancer. Kommunen kunne i forbindelse med den kommunale forsyningsvirksomhed således ikke lægge vægt på hensyn, som den skulle varetage efter skattelovgivningen. Endvidere kan nævnes U 1959.813, der drejede sig om lovligheden af Monopoltilsynets pålæg efter monopolloven til en bagermesterforening om at ophæve eller ændre en vedtagelse om en ugentlig lukkedag. Til støtte for en ophævelse af Monopoltilsynets pålæg blev det under sagen gjort gældende, at Monopoltilsynet burde have lagt vægt på det sociale hensyn, der lå bag vedtagelsen af en ugentlig lukkedag. Østre Landsret bemærkede imidlertid, at Monopoltilsynet ikke ved sine afgørelser kunne tage sådanne sociale hensyn, som måtte forventes varetaget

skøn kan kun ske, når der er hjemmel hertil, eller loven må forstås således, at afgørelse kan eller skal træffes uanset den manglende dokumentation. Bevisbønnen kendes navnlig fra skattesager, eksempelvis hvor skatteyderens selvangivelse forkastes på grund af mangelfulde regnskaber.

Skøn med hensyn til *fastlæggelsen af værdier* kendes navnlig fra ekspropriationsager. Ved ekspropriation af eksempelvis en fast ejendom skal der ydes ejeren erstatning, jf. grundlovens § 73. Ekspropriationserstatningen skal fastsættes på grundlag af ejendommens værdi i handel og vandel, dvs. fastsættes i overensstemmelse med, hvad et frit salg af ejendommen ville kunne indbringe ejeren. Da det frie salg imidlertid ikke eksisterer, må der nødvendigvis foretages en vurdering eller et skøn over, hvad et sådant salg ville indbringe ejeren.

### 7.3.2 Retsgrundsætninger, der begrænser forvaltningens skønsudøvelse

Forvaltningens skønsudøvelse er ikke fri, men er underlagt en række forvaltningsretlige grundsætninger, som er udviklet navnlig i retspraksis og i ombudsmandspraksis.

#### 3 kategorier af forvaltningsretlige grundsætninger

Disse grundsætninger kan inddeles i tre kategorier. For det første er der grundsætninger, der regulerer, hvilke hensyn, forvaltningen lovligt kan benytte til at supplere lovens ufuldstændige beskrivelse af betingelserne for en afgørelse. Den centrale grundsætning er her *magtfordretningsgrundsætningen*. For det andet er der grundsætninger, der stiller krav til forvaltningens afvejning af de lovlige hensyn. Her samler interessen sig om *grundsætningen om forhold mod skøn under regel og lighed*. Og for det tredje eksisterer der principper, der regulerer forvaltningens bestemmelse af afgørelsens indhold, hvor denne ikke er lagt fast i den pågældende bestemmelse. Den helt centrale grundsætning er her *proportionalitetsprincippet*.

De nævnte grundsætninger har først og fremmest betydning for forvaltningens konkrete afgørelser. Grundsætningerne kan også have betydning for forvaltningens udsættelse af generelle retsakter, for forvaltningens aftaler og for forvaltningens faktiske virksomhed.

I denne fremstilling er det først og fremmest grundsætningernes betydning for forvaltningens konkrete afgørelser, der haves for øje.

### 7.3.2.1 Magtfordretningsgrundsætningen. Lovlige og ulovlige hensyn

#### Begrænsning i forvaltningens valg af hensyn

Magtfordretningslæren omhandler, hvilke forhold og hensyn forvaltningen lovligt kan lægge vægt på, når forvaltningen træffer afgørelse efter upræcise bestemmelser.

Magtfordretningslæren hviler på det hovedsynspunkt, at når en forvaltningsmyndighed er tillagt visse beføjelser, er det for at varetage visse offentlige interesser, og at det vil være ulovligt at varetage andre interesser og hensyn, end de i den pågældende lovgivning forudsatte.

I ældre teori beskrivelse af magtfordretningslæren blev vægten lagt på forvaltningens *subjektive hensigt* med afgørelsen. Spørgsmålet var, om forvaltningen hensigt var i overensstemmelse med den pågældende lovgivnings forudsætninger. Var dette ikke tilfældet, var der tale om magtfordrejning.

I nyere teori og retspraksis opfattes magtfordretningsgrundsætningen dog først og fremmest som et krav om, at den pågældende afgørelse skal være båret af lovlige eller – med et andet udtryk – saglige hensyn. Opmærksomheden rettes mod forvaltningsafgørelsens *objektive* præmisser. Det vurderes, om de hensyn, som forvaltningen påberåber sig, kan varetages efter den pågældende lov.

Er der tale om, at forvaltningen har lagt vægt på ulovlige hensyn, foreligger der magtfordrejning. Har forvaltningen tillige lagt vægt på lovlige hensyn, kan disse eventuel bære afgørelsen.

#### Eksempel

Som eksempel på anvendelse af magtfordretningslæren kan nævnes U 1987.311 H, der vedrørte en ændring af Københavns kommunes styrelsesvedtægt, hvorved lokalplansagerne blev overført fra borgmester Vilho Sigurdssons afdeling til overborgmester Egon Weidekampes afdeling. Ifølge kommunen skyldtes ændringen strukturel u hensigtsmæssighed ved den hidtidige ordning, idet den overordnede fysiske planlægning var placeret i overborgmesterens afdeling. Østre Landsret fandt det imidlertid sandsynliggjort, at den afgørende reelle grundelse for overflytningen af lokalplan-

gennem lukkelovgivningen. Det er da også ret klart, at sociale hensyn ligger ganske langt fra de hensyn, som skulle varetages efter monopolloven, hvis formål var at sikre de bedst mulige vilkår for den frie konkurrence.

#### *Hensyn i grænseområdet*

Hvor det inddragne hensyn ligger i grænseområdet for den pågældende lovs formål, skal man derimod være mere tilbageholdende med at lægge vægt på specialitetsprincipperne. Som eksempel herpå kan nævnes FOB 1971.49, hvor ombudsmanden ikke fandt grundlag for at kritisere, at et byudviklingsudvalg i henhold til byudviklingsloven havde meddelt afslag på tilladelse til opførelse af de bygninger, der var nødvendige for at oprette en campingplads, med den begrundelse, at etablering af campingpladsen ville være i strid ikke blot med byudviklingsmæssige hensyn, men også med fredningsmæssige hensyn. At byudviklingsudvalget var berettiget til at varetage fredningsmæssige hensyn støttes af, at fredningsmyndighederne var repræsenteret i byudviklingsudvalgene. Det skal bemærkes, at fredningsmyndighederne havde meddelt den efter naturfredningsloven fornødne tilladelse til anlæg af campingpladsen. Et andet eksempel på en tilbageholdende anvendelse af specialitetsprincipperne er U 1993.835 H.

#### *Anden lovovertrædelse*

Et omdiskuteret spørgsmål er, om en forvaltningsmyndighed kan tage hensyn til, om en afgørelse vil indebære overtrædelse af anden lovgivning (administreret af en anden myndighed). Specialitetsprincipperne udelukker næppe, at der kan lægges vægt på hensynet til at undgå overtrædelse af anden lovgivning, men hensynets vægt, der normalt ikke vil være stor, beror på den konkrete situation.

### **Hensyn, der i almindelighed er lovlige**

Der findes en række alment accepterede hensyn, som kan inddrages i en afgørelse, selvom de ikke umiddelbart kan udledes af den på gældende lovgivning – forudsat de er relevante i den pågældende sag.

#### *Grundlovens frihedsrettigheder*

Grundlovens frihedsrettigheder sætter visse grænser for lovgivningsmagtens adgang til at gribe ind i borgernes forhold. Frihedsrettighederne er herudover udtryk for nogle idealer af almen karakter, som forvaltningen altid vil være berettiget til at inddrage i skønsmæssige afgørelser. Efter om-

stændighederne må forvaltningen ligefrem antages at have pligt til at inddrage hensynet til grundlovens frihedsrettigheder, navnlig hensynet til ytringsfriheden, religionsfriheden og ejendomsrettens beskyttelse. I FOB 1977.435 anførte ombudsmanden, at ved afgørelse om tilladelse til plancheudstilling og lignende på offentlige vejarealer efter lov om offentlige veje § 102 skal vejbestyrelsen tage hensyn til borgernes muligheder for at fremsætte meninger over for offentligheden – man kan ikke blot lægge vægt på vejsmæssige og trafikale hensyn. For så vidt angår hensynet til religionsfriheden og hensynet til ejendomsrettens beskyttelse kan henvises til FOB 1988.121 og FOB 1974.277. Ombudsmanden har også inddraget andre menneskerettighedsideal i bedømmelsen af forvaltningens skønsmæssige afgørelse.

#### *Internationale forpligtelser*

I tilslutning til foranstående bemærkes, at også Danmarks folkeretlige forpligtelser, herunder på menneskerettighedsområdet, kan få betydning for forvaltningens skønsmæssige afgørelse. Således følger det af fortolknings- og forvaltningsreglen (se afsnit 2.4 og 7.2.1.1), at skønnet bør udøves på en sådan måde, at brud på folkeretlige forpligtelser undgås.

#### *Borgernes retsbeskyttelse*

Generelt gælder, at hensynet til borgernes retsbeskyttelse (vise borgerne velvilje, tage hensyn til borgernes gode tro mv.) kan inddrages i skønsmæssige afgørelser, uanset om det fremgår af den pågældende lovs formål. Det kan ikke forventes, at dette i hver enkelt tilfælde udtrykkes af lovgivningsmagten.

#### *Andre hensyn*

Andre hensyn, der i almindelighed er lovlige, er hensynet til at undgå værdispild og hensynet til effektiv retshåndhævelse – naturligvis forudsat hensynene er relevante i den pågældende sag.

#### *Administrative hensyn*

Endelig skal nævnes, at også administrative hensyn (administrativ konveniens) i almindelighed kan inddrages i afgørelsen. Som et lidt specielt eksempel kan nævnes FOB 1976.288, hvor ombudsmanden accepterede, at statstilskud til visse byggearbejder i landbruget fordeltes efter simple kriterier, bl.a. dato for ansøgningens modtagelse („først til mølle“) og inden for samme dato journalnummer. Ombudsmanden lagde herved vægt på, at såvel lovforarbejdernes forudsætning om hurtig iværksættelse af de omhand-

lede arbejder som administrative hensyn tilsagde en fordeling efter enkelte kriterier.

### Lighedsgrund sætningen

Ved vurderingen af, hvilke hensyn forvaltningen lovligt kan inddrage i skønsmæssige afgørelser, har lighedsgrund sætningen næppe nogen selvstændig betydning ved siden af magtfordretningsgrund sætningen. Lighedsgrund sætningen udtrykker et forbud mod forskelsbehandling, men vurderingen af, om en forskelsbehandling er tilladelig, beror på, om forskelsbehandlingen kan bæres af lovlige – saglige – hensyn. Indholdet af de to grund sætninger er i realiteten det samme. Når man undertiden betjener sig af en lighedsterminologi, hænger det sammen med, at lighedstanken i visse typer af sager ofte falder mere naturlig, navnlig hvis der – som eksempelvis i sager om (eventuel) fagforeningsmagtfordretning – foreligger sammenligningstilfælde. Derimod har lighedsgrund sætningen en selvstændig betydning i forbindelse med afvejningen af de lovlige hensyn (se neden for afsnit 7.3.2.3).

### 7.3.2.2 Skøn under regel

#### Et pligt mæssigt skøn

Grund sætningen om forbud mod skøn under regel begrænser i et vist omfang forvaltningens mulighed for at opstille og anvende interne regler for afvejningen af de lovlige hensyn. Grund sætningen hviler på det synspunkt, at når lovgivningen overlader forvaltningen et skøn, er forvaltningen forpligtet til at foretage en afvejning af de relevante hensyn i den enkelte sag, at udøve et skøn under hensyntagen til de relevante konkrete omstændigheder i den enkelte sag.

#### Interne regler

Samtidig er der en række hensyn, der kan begrunde, at forvaltningen kan opstille og anvende interne regler for skønnets udøvelse – det være sig i formulerede regler eller i form af administrativ praksis. Især hensynet til forudsigelighed – borgerne har en interesse i at kunne indrette sig i forhold til en mere præcis regel – og lighedsgrund sætningens krav om, at lige tilfælde skal behandles lige (se afsnit 7.3.2.3), taler for, at der anvendes visse retningslinier for skønnets udøvelse. Hertil kommer den administrative betragtning, at det er lettere og mere effektivt at træffe afgørelse efter en mere

præcis regel end at afveje en række forskellige forhold og hensyn mod hinanden.

### Grund sætningens rækkevidde

I hvilket omfang forvaltningen kan opstille og anvende interne regler for skønnets udøvelse uden at kollidere med et pligt mæssigt skøn beror på en fortolkning af de pågældende regler – i hvilket omfang er lovgivningsmagtens overladelse af et skøn til forvaltningen udtryk for, at forvaltningen skal foretage en individuel vurdering i hver enkelte sag? – og i øvrigt en vurdering af, hvor tungtvejende de ovennævnte hensyn gør sig gældende på det pågældende område.

### Interne regler, der af skærper eller i betydeligt omfang begrænser skønnet

Det almindelige udgangspunkt må dog være, at forvaltningen ikke er berettiget til at anvende interne regler, der helt af skærper skønnet, eksempelvis derved, at forvaltningen indtager det standpunkt, at man aldrig vil meddele tilladelse efter en bestemmelse, der giver mulighed herfor. Som almindelig udgangspunkt er forvaltningen heller ikke berettiget til at anvende regler, der i ikke ubetydelig omfang begrænser afvejningen, således at derne først starter, når bestemte betingelser foreligger. Eksempelvis vil der ikke kunne kræves afvejning af værnepligt eller frivillig tjeneste i forsvaret som betingelse for at kunne komme i betragtning ved ansættelse af politibetjente.

Både domstolene og ombudsmanden har anvendt grund sætningen om forbud mod skøn under regel, bl.a. inden for sociallovgivningens og udlændingelovgivningens område. Fra udlændingelovgivningens område kan nævnes FOB 1977.129, hvor ombudsmanden fandt, at det ikke var lovligt at følge en fast praksis, hvorefter forlængelse af opholds- og arbejdstilladelse meddelte på grundlag af ægteskab med en dansk statsborger eller en her fast bosiddende udlænding, i de første to år af opholdet her var afhængig af, at der fortsat bestod samliv med ægtefællen.

Sagen er i øvrigt et godt eksempel på, at regler, der begrænser skønnet, kan føre til, at hensyn, der kunne og eventuel burde begrunde et andet resultat, slet ikke inddrages i afgørelsen. Sagen drejede sig om en polsk kvinde, der havde fået afslag på forlængelse af opholds- og arbejdstilladelse som konsekvens af nævnte „praksisregel“, idet hendes samliv med hendes polske mand var ophørt ca. tre måneder før to-årsfristens udløb og separation fandt sted ca. en måned før fristens udløb. Den fulgte praksis indebar imidlertid, at relevante vægtige hensyn, der talte for at modificere kravet

om to års samliv, ikke blev inddraget i afgørelsen. For det første, at der var tale om et meget langvarigt ægteskab (28 år). For det andet, at alene udrejseanskeligheder i Polen var skyld i, at hun ikke – som hendes mand – meget tidligere var kommet til Danmark. Og endelig, at kvinden nærede betydelig frygt for at komme tilbage til Polen. Ombudsmanden henstillede på denne baggrund, at sagen blev taget op til fornyet overvejelse, hvorefter Justitsministeriet meddelte forlængelse af kvindens opholds- og arbejdstilladelse.

#### Fordeling af knappe ressourcer

Formodningen imod lovligheden af interne regler, som afskærer eller som i betydelig omfang begrænser skønnet, gælder ikke på områder, hvor behovet for forudsigelighed, lighedsbetragtninger og administrative hensyn er meget tungtvejende. Som eksempel herpå kan nævnes sagen U 1993. 307 H, hvor Højesteret accepterede, at forvaltningsmyndigheden ved tildeling af (endnu en) hyrevognsbevilling ikke foretog et individuelt skøn, skønt den pågældende regel foreskrev, at bevilling gives til „den efter kommunalbestyrelsens skøn bedst kvalificerede“, men i stedet anvendte nogle offentliggjorte retningslinier, hvorefter den pågældende i det forudgående år skulle have indkørt mindst 220.000 kr., hvorefter bevillingerne fordeltes efter antallet. Men sagen var den, at myndigheden alene rådeede over ca. 75 bevillinger og der var 275 ansøgere. I denne situation var de nævnte hensyn meget tungtvejende, idet det ville være særdeles vanskeligt at fordele bevillingerne på en anden saglig og rimelig måde. Sagen kan illustrere, at ved fordeling af knappe ressourcer, fylder grundsætningen om forbud mod skøn under regel ikke ret meget, jf. herved også FOB 1976.288 (omtalt under afsnit 7.3.2.1, *Hensyn, der i almindelighed er lovlige*).

#### Vejledende regler

Hvor forvaltningen er begrænset i sin adgang til at anvende regler, der afskærer eller betydeligt begrænser skønnet, har forvaltningen en almindelig adgang til at opstille og anvende *vejledende* regler for skønsudøvelsen, regler om prioritering af de lovlige hensyn. Sådanne regler tilgodeser de nævnte hensyn til forudseelighed, lighed og administrative hensyn, samtidig med, at den enkelte sags individuelle omstændigheder kan føre til en fravigelse af udgangspunktet. I FOB 1977.129 anførte ombudsmanden, at den omhandlede „praksisregel“ kunne anvendes som en vejledende regel for afgø-

relse om forlængelse af opholds- og arbejdstilladelse meddelt på grundlag af ægteskab.

I det hele taget er forvaltningen ret frit stillet med hensyn til vægtningen af de lovlige hensyn ved skønsudøvelsen. Det kan dog følge af lover eller af almindelige principper (se under afsnit 7.3.2.1, *Hensyn, der i almindelighed er lovlige*), at visse hensyn skal tillægges særlig vægt.

### 7.3.2.3 Lighedsgrundsættningens betydning for vægtningen af de lovlige hensyn

#### Kravet om konsekvens

Lighedsgrundsætningen indeholder et krav om *konsekvens*, et krav om, at det lige skal behandles lige. I sager, hvor de faktiske omstændigheder er ensartede, skal samme hensyn derfor tillægges samme vægt. På denne måde er forvaltningen bundet af sin egen praksis.

#### Generel praksisændring

Forvaltningen har dog en almindelig adgang til at foretage en generel praksisændring vedrørende skønsspørgsmål – forudsat ændringen ligger inden for lovens rammer, og den i øvrig er saglig.

#### Konkret fravigelse fra praksis

Derimod indebærer lighedsgrundsættningens krav om konsekvens, at forvaltningen ikke må foretage enkeltstående fravigelser fra en i øvrigt fulgt praksis, med mindre praksisændringen kan begrundes i særlige omstændigheder i den pågældende sag. Et illustrativt eksempel herpå er sagen U 1965.399, hvor Højesteret fastslog, at skattemyndighederne ikke havde været berettiget til for skatteåret 1957/58 til skade for en enkelt skatteyder at fravige nogle fradragsregler, som fulgte af en offentliggjort vejledning og praksis. Det ville føre til væsentlig ulighed, hvis en enkelt skatteyder blev behandlet anderledes end andre skatteydere i den pågældende periode. Senere blev den pågældende praksis ændret generelt.

### 7.3.2.4 Proportionalitetsprincippet

Hvor forvaltningen er overladt et skøn med hensyn til afgørelsens indhold, skal forvaltningen udøve dette skøn under iagttagelse af proportionalitetsprincippet.

## Indhold

Proportionalitetsprincippet kan siges at bestå af to krav. Dels et *nødvendighedskrav*, hvorefter forvaltningen, hvor den har valg mellem flere foranstaltninger til opnåelse af et givent formål, må henholde sig til en mindre indgribende foranstaltning, såfremt denne må anses for tilstrækkelig til varetagelse af det forfulgte mål. Dels et krav om *forholdsmæssighed*, hvorefter den foranstaltning, der påtænkes anvendt, kun må iværksættes, såfremt den står i et rimeligt forhold til det mål, der forfølges.

## Eksempler

Domstolene har bl.a. vurderet proportionalitetsprincippet i forhold til forvaltnings anvendelse af disciplinære sanktioner i anledning af tjenesteforseelser, jf. herved tjenestemandslovens § 24, hvorefter der over for tjenestemand som disciplinær straf for en tjenstlig forseelse kan anvendes advarsel, irttesættelse, bøde, overførelse til andet arbejde, degradation eller afsked. U 1964.714 H drejede sig om plejer på en åndsvageanstalt, der var blevet afskediget uden pension bl.a. som følge af et tilfælde af korporlig revelse af en dreng på anstalten. Højesteret anførte, at enhver overtrædelse af forbudet mod korporlig revelse burde imødegås med en alvorlig reaktion. Højesteret fandt dog, idet man lagde vægt på, at revelsen var en spontan reaktion i anledning af drengens ødelæggelse af en lampe, og at plejeren ikke tidligere havde fået påtale for hårdhændet optræden, at der ikke var fornødent grundlag for afskedigelsen uden pension, som var den strengeste sanktion.

Et andet eksempel er U 1969.693, der drejede sig om en afdelingssygeplejerske, der var blevet degraderet til sygeplejeassistent, idet hun igennem en længere periode hyppigt havde forladt afdelingen før normal arbejdstids ophør. Uanset at afdelingssygeplejersken ikke tidligere havde fået påtale i anledning af forholdet, fandt Vestre Landsret ikke grundlag for at tilsidesætte den valgte – strenge – sanktion, idet man lagde vægt på, at hun som følge af indførelse af arbejdsedler og indkaldelse til et møde om arbejdstidens måtte være klar over, at ledelsen lagde vægt på arbejdstidens overholdelse. Sagen viser, at forvaltningen ikke altid først skal forsøge sig med en mindre indgribende foranstaltning før en mere indgribende. Forvaltningen er efter omstændighederne overladt en vis margin.

## Anvendelsesområdet

Proportionalitetsprincippet har ikke blot betydning for forvaltningens adgang til at træffe afgørelser, men spiller også en stor rolle for forvaltningens faktiske virksomhed i forhold til borgerne, eksempelvis for politiets magt-anvendelse.

## 7.4 Konsekvenser af tilsidesættelse af indholdsmæssige krav

Det blev i indledningen til dette kapitel nævnt, at indholdsmæssige fejl på en helt anden direkte måde end sagsbehandlingsfejl påvirker den endelige forvaltningsafgørelse. Hovedreglen ved tilsidesættelse af de indholdsmæssige krav er derfor også ugyldighed. Vi vil i dette afsnit uddybe og nuancere denne hovedregel. Diskussionen i det følgende kan deles i to: 1) Er det alle indholdsmæssige mangler, der uden videre fører til ugyldighed? Og 2) Kan en forvaltningsafgørelse undtagelsesvis opretholdes som gyldig, selv om den efter de almindelige regler skulle erklæres ugyldig?

### 7.4.1 Forskellige former for indholdsmæssige mangler og konsekvenserne heraf

#### Tilsidesættelse af skrevne krav

Hvis de *skrevne krav* til en forvaltningsafgørelse tilsidesættes – dvs. hvis en afgørelse er i modstrid med den formelle lovs princip, hvis den ikke har hjemmel, eller hvis den bygger på en forkert fortolkning af en lovbestemmelse – vil dette medføre afgørelsens ugyldighed. Man kan udtrykke det på den måde, at sådanne fejl altid er væsentlige, eller at man altså i disse tilfælde nøjes med en generel væsentlighedsvurdering.

#### Tilsidesættelse af uskrevne krav

Drejer det sig om tilsidesættelse af de *uskrevne krav* – magtfordrejningsprincippet, lighedsprincippet, proportionalitetsgrundsætningen og forbuddet mod skøn under regel – er situationen lidt mere kompliceret. Hvis domstolene når frem til, at lighedsgrundsætningen og proportionalitetsprincippet

er tilsidesat, vil dette også blive betragtet som så væsentlige fejl, at en afgørelse uden videre erklæres ugyldig. Overtrædelse af forbuddet mod skøn under regel fører derimod ikke uden videre til, at en afgørelse erklæres ugyldig, idet Højesteret med dommen i U 1993.307 H (som er omtalt i afsnit 7.3.2.2) har accepteret, at der i „masseansøgningssituationer“ foretages en sortering ud fra faste kriterier. Man nærmer sig her altså noget, der ligner den konkrete væsentlighedsvurdering, som den blev foretaget i forbindelse med sagsbehandlingsfejl, omend skøn under regel dog stadig normalt vil føre til ugyldighed.

#### Magtfordrejning

Dette er derimod ikke tilfældet i forbindelse med magtfordrejning, hvor domstolenes vurdering af ugyldighedsspørgsmålet meget ligner den model, der kendes fra vurderingen af sagsbehandlingsfejl. Først tages der stilling til, om selve manglen – her magtfordrejning eller inddragelse af usaglige hensyn – er generelt væsentlig. Her er der ingen vaklen hos domstolene: magtfordrejning betragtes utvivlsomt som en generelt væsentlig mangel. Men derefter gives der mulighed for forvaltningen til at dokumentere, at afgørelsen alligevel ikke er forkert, fordi den samme afgørelse også kunne være nået på baggrund af saglige hensyn (den objektive magtfordrejnngsteori – se afsnit 7.3.2.1). Vi ser altså også her en modificeret generel væsentlighedsvurdering, eller som vi også omtalte det, en konkret væsentlighedsvurdering med omvendt bevisbyrde (se afsnit 6.10.2). Eksempler fra domstolspraksis på denne måde at betragte magtfordrejningsspørgsmålet kan findes i U 1981.375, hvor en ekspropriation var foretaget hovedsagelig for at varetage private interesser, og i U 1987.311 H, hvor det accepteredes, at en omorganisering af borgmesterembederne i Københavns kommune kunne begrundes i saglige hensyn.

### 7.4.2 Opretholdelse af ulovlige forvaltningsakter

#### Ulovlige men ikke ugyldige forvaltningsakter

Selv hvis domstolene efter de almindelige regler for vurderingen af både formelle og materielle fejl måtte forventes at erklære en afgørelse for ugyldig, kan der fra retspraksis findes eksempler på, at en afgørelse alligevel får lov at stå ved magt. For at dette sker, skal der være nogle særlige omstændigheder til stede – de såkaldte *tertiære momenter* (idet de to første punkter i

forbindelse med ugyldighedsspørgsmålet er vurderingen af, om der foreligger en retlig mangel, og om denne er væsentlig). Især ved begunstigende afgørelser vil afgørelsens adressat ofte have *indrettet sig* i tillid til afgørelsen, og det kan da føles urimeligt, hvis afgørelsen senere erklæres ugyldig – særlig hvis adressaten var i *god tro* om den pågældende ugyldighedsgrund, eller hvis der er gået *lang tid*, fra afgørelsen blev truffet. Hvis fx en byggetilladelse erklæres ugyldig, kan dette endvidere medføre et *værdispild*, hvis tilladelsen allerede er udnyttet, og ugyldigheden vil medføre, at byggeriet skal rives ned igen.

De fleste af disse momenter kan genfindes i en afgørelse fra 1887 (U 1887.640 H – „Læbæltedommen“). I denne sag var der blevet givet en ulovlig næringsstilladelse til en erhvervsdrivende ca. 20 år tidligere på grund af en opmålingsfejl fra det offentlige side. Fejlen var imidlertid så beskedent, at det ikke kunne bebrejdes adressaten, at han ikke havde opdaget den. I denne situation, hvor adressaten igennem længere tid havde drevet sin forretning, mente Højesteret ikke, at afgørelsen kunne erklæres ugyldig. Andre eksempler, hvor *tertiære momenter* har haft indflydelse på, at en ellers ugyldig afgørelse alligevel blev opretholdt, er U 1973.755 (om et ulovligt udstedt navnebevis), FOB 1976.288 (om tilskud til byggeri i landbruget uddelt efter almindeligvis usaglige kriterier), U 1986.143 H (om ulovligt opført byggeri) og U 1993.849 H (om et registreret partnerskab, som var indgået uden at lovens betingelser var opfyldt).