

Europarettens indflydelse på nordisk forvaltningsret

Niels Fenger, landsdommer, professor dr. jur., Danmark

Europarettens har introduceret nye retskilder for forvaltningens virksomhed. Den bevirker, at der nu gælder flere sæt af fortolkningstolkningsprincipper og grundsætninger om saglig forvaltning. Navnlig EU- og EØS-retten påvirker den nationale forvaltningsret. Via sin udvidende fortolkning af EMRK har EMD desuden i stigende omfang gjort menneskerettighederne relevante for forvaltningsretten. Denne udvikling kan være både nødvendig og velbegrundet ud fra europarettens egen logik. Men den gør forvaltningsretten væsentligt mere kompliceret og uforudsigelig.

1. Emnet for dette bidrag

Hovedtesen for dette bidrag er, at den europæiske ret har medført betydelige ændringer i både de retskilder, der regulerer forvaltningsmyndighedernes virksomhed, og de principper for fortolkning og grundsætninger om saglighed, som binder myndighederne. Det gælder navnlig for EU- og EØS-retten, men også for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Der fremsættes samtidig den supplerende tese, at den EU- og EØS-retlige påvirkning af forvaltningsretten rejser væsentlige problemer for den forudsigelighedsretssikkerhed, som er et af forvaltningsrettens pejlemærker. Endelig fremsættes den tredje tese, at det næppe er alle forvaltningsmyndigheder og de nationale domstole, som er fuldt ud opmærksomme på europarettens krav til den nationale forvaltning, og at der under alle omstændigheder hersker betydelig tvivl om, hvad behovet for at inddrage EU-ret og menneskeret i forvaltningens daglige arbejder mere praktisk indebærer for, hvordan offentligretlige regler skal fortolkes.

Bidraget indledes, under pkt. 2, med en vurdering af EU- og EØS-rettens betydning for forvaltningsretten.¹ Under pkt. 3 diskuteres, i hvilket omfang EMRK påvirker myndighedernes arbejde. Henset til min baggrund som dansk jurist vil jeg i stor udstrækning anvende dansk ret som

¹ I det følgende anvender jeg af fremstillingsmæssige grunde alene ordet EU-ret og ikke tillige EØS-ret, hvor der ikke er grund til at sondre mellem de to retssystemer.

illustration af, hvor europarettens slår igennem. Jeg ser frem til diskussioner om, hvorvidt norsk, svensk, finsk og islandsk ret mærker den europæiske ret på de samme felter.²

2. EU-rettens betydning for forvaltningsretten

2.1. Fortolkningsprincipper og grundsætninger om saglig skønsudøvelse

Forvaltningsretten defineres almindeligvis som det retsgrundlag, der regulerer forvaltningsmyndigheders ageren over for borgerne og over for andre myndigheder. I så henseende tages der intet forbehold om, at de pågældende regler ikke må have baggrund i international ret. Ud fra den klassiske definition af forvaltningsretten udgøres en stor del af det forvaltningsretlige regelstof således af EU-regler og af nationale gennemførelsesbestemmelser hertil.

En række myndigheder lever formentlig stadig under den misforståelse, at EU-reglerne reelt kun har betydning for lovgivningsmagten og for ministerierne i forbindelse med udarbejdelser af bekendtgørelser. Det forudsættes ofte, at den daglige administrator kan gå ud fra, at de nationale regler er i overensstemmelse med EU-retten, og at det derfor i praksis er tilstrækkeligt kun at interessere sig for nationale retsregler og for umiddelbart anvendelige forordninger.³ En sådan anskuelsesmåde svarer til den klassiske positivistiske retslære med dennes betoning af den nationale lovgivningsmagt som centrum. Dermed anskues international ret – formentlig instinktivt – som et ydre, fremmedartet element. Samtidig får EU-retten en placering i det nationale retskildesystem, som svarer til det traditionelle, men nu i realiteten forladte, dualistiske princip, hvorefter folkeretten formelt set ikke er en del af gældende national ret.

En sådan betragtningsmåde overser imidlertid, at behovet for at inddrage EU-ret ikke kun indtræder, når de internationale og indenlandske bestemmelser er i modstrid med hinanden. Såvel national rets egne fortolknings- og formodningsregler som EU-rettens principper om forrang og EU-konform fortolkning nødvendiggør nemlig, at nationale retsregler løbende skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Dette indebærer ikke kun en pligt til at fortolke nationale regler i samklang med EU-reglernes ordlyd; uanset om der er modstrid mellem EU-reglen og den relevante

² Se endvidere om Norge, Alterskjær og Fenger, EØS-rettens innflytelse på norsk forvaltningsrett, Jussens Venner 2006, s. 171.

³ Se for så vidt angår svenske forvaltningsmyndigheder *Statskontoret* 2006:16, *Förvaltning för fri rörlighet*, s. 42 f.

nationale regel, og uanset om EU-reglen opfylder betingelserne for at have direkte virkning, er EU-reglen – og dermed også dette retssystems særegne fortolkningsprincipper – en umiddelbar og højt rangerende retskilde ved fortolkningen af den pågældende *nationale* retsregel.⁴ I realiteten er EU-rettens krav om konform fortolkning et krav om, at den nationale fortolkningsstil i påkommende tilfælde enten suppleres eller helt erstattes af den EU-retlige fortolkningsstil. Dermed påvirkes ikke blot selve regelstoffet, men også de principper for fortolkning og skønsudøvelse, som udgør forvaltningsrettens grundkerne, markant af EU-retten.

Konsekvensen er, for det første, at der nu gælder 24 – og i EFTA EØS-landene 26 – ligestillede sprogversioner. Da disse sprogversioner undertiden divergerer, bliver klassisk ordlydsfortolkning langt mere udfordrende og får nødvendigvis en mindre fremtrædende plads blandt fortolkningsfaktorerne.

Der gælder endvidere intet princip om fortolkning til fordel for borgerne. Undertiden vil forskelle i sprogversionerne derfor indebære, at en borger ikke tillægges en rettighed, som den nationale lovtekst tilsyneladende giver ham, og som han måske har indrettet sig i tillid til. Der kan også være tale om, at borgeren pålægges en pligt, uden at legalitetsprincippet med rimelighed kunne hævdes at være opfyldt, såfremt man alene tog udgangspunkt i det pågældende lands egen sprogversion. Eksempelvis må det normalt kræve en relativ klar hjemmel at pålægge en privat en afgiftsbyrde. Dette hjemmelskrav kan imidlertid ikke længere stilles snævert i forhold til landets egen sprogversion. For ikke at blive mødt med tilsyneladende uhjemlede byrder, må de nordiske borgere nu læse lovtekster på bl.a. slovensk, græsk og portugisisk.

Til illustration kan nævnes, at et EU-Domstolen fortolkede et EU-direktiv om moms, der efter dets danske sprogversion pålagde moms for »udlejning af pladser til parkering af køretøjer«, således at momspligten tillige indtrådte ved udlejning af en bådplads på vand. EU-Domstolen anerkendte, at bl.a. den danske sprogversion ganske vist kun omfattede landtransportmidler på hjul, men fremhævede samtidig, at en række andre sprogversioner anvendte begreber, der omfattede transportmidler generelt set, herunder luftfartøjer og både.⁵ I en anden sag blev et dansk forsikrings-selskab pålagt afgift af handel med aktier, der ikke var børsnoterede, selv om den danske (og den tyske) version af det relevante direktiv alene tillod opkrævning af ”børsomsætningskatter”.

⁴ Sag C-176/12, Association de médiation sociale, dom af 15. januar 2014.

⁵ Sag C-428/02, Fonden Marselisborg Lystbådehavn, Sml. 2005.I, s. 1527.

Hovedparten af de øvrige sprogversioner talte nemlig mere bredt om »afgifter på overdragelse af værdipapirer«, uden at lade afgiftspligten være afhængig af, om handelen skete via en børs.⁶

Herudover er der grund til at fremhæve, at begreber anvendt i en EU-retsakt ikke kan fastlægges gennem en henvisning til tilsvarende begreber i national ret, men må gives et selvstændigt EU-retligt indhold. Resultatet er, at det kan blive svært at opretholde den konsekvens og ensartethed i lovgivningspraksis, som tilsigtes af hensyn til retssystemets konformitet, og den del af retssikkerhedsidealet, der består i, at nye retsregler følger sig kohærent og konsistent ind i det bestående regelsæt. Fordoblingen af mere eller mindre parallelle begreber gør desuden retsanvendelsen mindre forudsigelig, da jurister med baggrund i national ret hyppigt instinktivt anskuer EU-reglerne ud fra de retlige begreber, som de har tilegnet sig gennem deres nationale retssystem. Derved risikerer de at tillægge EU-regler en anden rækkevidde end den, som EU-Domstolen indlæser i de pågældende begreber.

Leitner-sagen udgør et formueretligt, men illustrativt eksempel på den risiko for forkert retsanvendelse, som sådanne ”faux amis” kan fremkalde. En køber af en charterrejse havde ”mistet sine ferieoplevelser” som følge af salmonellaforgiftning og rejste på den baggrund krav mod sit rejseselskab om kompensation svarende til en ny gratis rejse.⁷ Det dagældende pakkerejsedirektiv 90/314 indførte regler om ”erstatning” for de ”skader, der påføres forbrugeren som følge af manglende eller mangelfuld opfyldelse af aftalen”, men definerede ikke i sin ordlyd, om ikke-økonomisk skade var omfattet. I dansk ret forstås begreberne ”erstatning” og ”skade” som alene omfattende økonomiske tab, og forbrugeren ville derfor ikke efter en ”dansk” forståelse af direktivet kunne vinde frem med sit krav. Under sagens behandling ved EU-Domstolen argumenterede flere medlemsstater for, at direktivet blot fastsatte et minimum af beskyttelse, og at det tilkom de nationale lovgivere at fastlægge, hvilke typer skader der skulle dækkes. Domstolen bemærkede heroverfor, at et væsentligt formål med direktivet var at udligne konkurrenceforskelle. Hvis der i visse stater var en forpligtelse til at erstatte ikke-økonomisk skade, mens dette ikke var tilfældet i andre stater, ville dette medføre konkurrenceforvridninger. Da direktivets sigte ydermere var forbrugerbeskyttende, måtte ordene ”skade” og ”erstatning” på den baggrund fortolkes således, at forbrugeren kunne have et krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Denne

⁶ Sag C-236/97, Codan, Sml. 1998.I, s. 8679.

⁷ Sag C-168/00, Leitner, Sml. 2002.I, s. 2631.

makroøkonomiske konkurrencevinkel ville næppe have været det første, som en nordisk skolet formueretsjurist ville have taget udgangspunkt i, når han skulle fortolke skadesbegrebet.

EU-retten indebærer også, at retskildeværdien af nationale forarbejder formindskes markant. Det gælder naturligvis særligt, hvor forvaltningen skal træffe afgørelse direkte i medfør af en forordning, og hvor der derfor slet ikke foreligger nationale lovbemærkninger m.v. Tilsvarende i de mange tilfælde, hvor et direktiv gennemføres ved bekendtgørelse. Retskildeværdien af nationale forarbejder svækkes imidlertid også i tilfælde, hvor et direktiv gennemføres ved en egentlig lov, og forarbejderne angår forståelsen af en bagvedliggende EU-regel. For den nationale lov skal jo fortolkes i overensstemmelse med det bagvedliggende direktiv, således som dette fortolkes af EU-Domstolen, og EU-Domstolen tillægger i den forbindelse ikke den nationale forståelse af direktivet, således som denne forståelse er kommet til udtryk i lovbemærkningerne, nogen som helst vægt.⁸

Retskildevægten af nationale forarbejder reduceres også i tilfælde, hvor den nationale regel for så vidt ikke tilsigter at gennemføre en EU-regel, men hvor forarbejderne lægger op til en retstilstand, som imidlertid viser sig at stride mod EU-retten. Kravet om EU-konform fortolkning indebærer nemlig efter EU-Domstolens praksis, at selv klare angivelser om retstilstanden i nationale forarbejder må ignoreres i det omfang, dette er påkrævet for, at EU-retten kan slå igennem ved fortolkningen af den nationale lovbestemmelse.⁹ I hvert fald i Danmark er ministerierne opmærksomme på disse EU-retlige krav, når de udformer lovforslag. Og som følge heraf er de generelt mere tilbageholdende med at anvende forarbejder til at præcisere indholdet af en uklar ordlyd i lovbemærkningerne. Det er således både selve retskildevægten og informationsindholdet i forarbejderne, som EU-retten sætter under pres.¹⁰

På tilsvarende måde ændrer EU-retten – inden for dens anvendelsesområde – den nationale forvaltningsrets almindelige saglighedsprincipper og bindinger på forvaltningens skøn. Således har den EU-retlige lighedsgrundsætning et andet indhold end bl.a. den danske. Det skyldes bl.a., at det EU-retlige ligebehandlingsprincip ikke i første række fokuserer på de formål, som myndighederne forfølger i de sammenlignede tilfælde. I stedet lægges vægt vægten på virkningerne af de krav og

⁸ Sag C-371/02, Björnekulla, Sml. 2004.I, s. 5791.

⁹ Sag C-441/14, Dansk Industri (Ajos), dom af 19. april 2016.

¹⁰ Noget andet er, at myndighederne nok i større omfang end traditionelt antaget kan anvende EU-retlige forarbejder ved fortolkningen af EU-regler og nationale gennemførelsesbestemmelser hertil, jf. Fenger, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, UfR 2014 B, s. 293.

kriterier, som myndighederne opstiller forskelsbehandling. EU-retten ret flytter med andre ord lighedstanken fra et spørgsmål om, hvorvidt myndigheden varetog saglige hensyn, til en undersøgelse af, hvilke praktiske konsekvenser en anvendelse af selv saglige kriterier resulterer i. Dette fokus på virkningen konstrueres bredt, således at det tillige omfatter såkaldt statistisk diskrimination, altså tilfælde, hvor en gruppe beskyttet mod anvendelsen af et bestemt kriterium relativt set rammes oftere eller hårdere end medlemmer af andre grupper. Forskellen i betragtningsmåde illustreres af en sag om manglende adgang til at erhverve kørekort på grund af dårligt syn, hvor EU-Domstolen talte om den ”forskelsbehandling, som en person udsættes for, afhængigt af, om den pågældende har den nødvendige synsstyrke for at kunne føre et motorkøretøj”.¹¹ Samtidig kæder EU-retten denne effektfokuserede vurdering sammen med proportionalitetsbetragtninger. Som følge heraf får forvaltningsmyndighederne pligt til mest muligt at afbøde forskelsbehandlende virkninger af de i sig selv lovlige hensyn, som de måtte forfølge.

Også proportionalitetsprincippet får et andet indhold, når myndigheder skal træffe afgørelser i sager, der involverer EU-ret, end når en sag skal afgøres alene ud fra national forvaltningsret. Retsanvenderen vil således ofte foretage en forkert retsanvendelse, hvis han anvender det nationale proportionalitetsprincip i relation til en EU-forordning eller i relation til en national gennemførelseslov til et direktiv.

Samlet set griber EU-retten ind i hjertet i den forvaltningsretlige lære om, hvordan man afgrænser forvaltningens hjemmelsbestemmelser. Hele læren om fortolkning af offentligretlige regler er blevet fordoblet. Det deraf følgende væsentligt mere komplicerede retskildebilledet forøges af, at EU-retten ikke fuldstændigt fortrænger den almindelige nationale forvaltningsret; begge retssystemer gælder som udgangspunkt parallelt i samme sag. Den forvaltningsakt, som forvaltningen udsteder i medfør af en EU-forordning eller en national regel, der implementerer et direktiv, skal nemlig tillige overholde den nationale forvaltningsrets almindelige retsgrundsætninger i det omfang, EU-reglen overlader medlemsstaterne et skøn.

Principielt set er der nyt i, at international ret kan fremtvinge andre fortolkningsmetoder og indeholde begreber, der kun tilsyneladende svarer til de nationale. Imidlertid indebærer den kolossale mængde af EU-regler og deraf følgende nationale gennemførelseslove, at

¹¹ Sag C-356/12, Glatzel, dom af 22.5.2014.

forvaltningsretten såvel i sit retskildegrundlag som i sine fortolkningsværktøjer er blevet internationaliseret i en helt anden grad end tidligere. Efter min opfattelse kan man på den baggrund ikke med rette længere for, at EU-retten alene præger den specielle forvaltningsret, men endnu ikke i nævneværdig grad har betydet noget for den almindelige forvaltningsret, hvormed forstås de generelle saglighedskrav og fortolkningsprincipper, som gælder på tværs af forvaltningsrettens enkelte særdiscipliner.

Noget andet er, at det, så vidt jeg kan bedømme, er vanskeligt at finde konkrete eksempler på, at EU-retten for alvor har påvirket de generelle fortolkningsprincipper i nordisk forvaltningsret uden for de områder, hvor EU-retten finder anvendelse. Det vil da også være overraskende, om de nordiske lande helt skulle overtage den EU-retlige fortolkningsstil og de EU-retlige saglighedskrav. En sådan frivillig grundlæggende ændring af den nationale forvaltningsret giver ingen mening, medmindre man anser den nationale forvaltningsret for ringere end den europæiske. Og sådan er det nok de færreste nationale dommere, der tænker.

2.2. Forvaltningsproces og domstolsprøvelse

Inden for rammerne af dette bidrag er det ikke muligt at redegøre for alle de tilfælde, hvor EU-retten har modificeret forvaltningsprocessen. Der er imidlertid næppe tvivl om, at EU-retten bl.a. har betydning gennem den store mængde særregler, der punkt for punkt fraviger de tværgående forvaltningslove. Bl.a. er de nordiske offentlighedslovgivninger påvirket af direktivet om adgang til miljøoplysninger og af de indirekte begrænsninger i adgangen til aktindsigt, der følger af forordning 1049/2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter. Endvidere er persondataretten i betydelig grad reguleret på EU-retligt plan ved persondatadirektiv 95/46. Denne påvirkning vil kun blive større, når persondataforordning 2016/79 træder i kraft. Bl.a. reglerne om tavshedspligt mellem myndighederne styres nu i stor grad af EU-ret.

For så vidt angår domstolsprøvelsen har EU-retten selvsagt haft størst betydning for de nordiske lande, der traditionelt har haft en svag domstolskontrol med forvaltningens afgørelser. Men også i Danmark, hvor domstolsprøvelse af forvaltningens afgørelser er dagligdag, har EU-retten haft betydning for bl.a. adgangen til at anordne opsættende virkning eller andre midlertidige foranstaltninger under domstolsprøvelsen.¹² EU-retten har også påvirket de danske regler om

¹² U 1994.823 H, U 2002.1253 H og U 2005.2650 Ø.

betydningen af undskyldelig retsvildfarelse og overvæltning af tab i forbindelse med tilbagesøgning af uretmæssigt opkrævede afgifter.¹³

Den største påvirkning angår dog nok principperne for offentlige myndigheders erstatningsansvar. Her fordrer EU-retten bl.a. en bredere afgræsning af, hvornår et brud på en offentligretlig regel er erstatningsretligt relevant.¹⁴ EU-retten giver også større adgang til erstatning i tilfælde, hvor budet på EU-retten er sket ved en national lov og ikke ”blot” ved en konkret forvaltningsakt.¹⁵ Forskellen til bl.a. dansk ret bliver – i hvert fald på det principielle plan – særlig tydelig, når spørgsmålet er, om der kan opnås erstatning for tabsfremkaldende EU-stridige domme.¹⁶

2.3. *Særligt om EU’s Charter om grundlæggende rettigheder*

En bedømmelse af EU-rettens betydning for den nationale offentlige ret ville ikke være komplet, hvis ikke den inddrog EU’s Charter om grundlæggende rettigheder.

Efter Chartrets art. 51 skal de nationale forvaltningsmyndigheder og domstole iagttage chartret, bl.a. når de træffer afgørelser direkte efter en forordning eller en national regel, der gennemfører et direktiv.¹⁷ Selv hvor en national retsregel ikke tilsigter at gennemføre EU-ret, kan den nationale regel endvidere have en sådan funktionel sammenhæng med EU-retten, at Chartret gælder. Som eksempel kan nævnes Soukupová-dommen, hvor nationalt fastsatte regler om forskellige pensionsaldre for mænd og kvinder var omfattet af Chartret, da de nationale regler virkede i et samspil med EU’s fælles landbrugspolitik, herunder reglerne om støtte ved førtidspensionering i landbruget.¹⁸ Endelig skal Chartret iagttages i forhold til enhver regel, der begrænser de fire friheder. Det gælder, selv om de pågældende regler ikke er vedtaget med henblik på at gennemføre EU-retten.¹⁹

¹³ Sag C-188/95, Fantask, Sml. 1997.I, s. 6783, sag C-398/09, Lady og kid, Sml. 2011.I, s. 7375, og sag C-94/10, Danfoss, Sml. 2011.I, s. 9963.

¹⁴ Sag C-445/06, Danske Slagterier, sag C-420/11, Leth, og sag C-201/02, Wells.

¹⁵ Forenede sager C-46 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Sml. 1996.I, s. 1029.

¹⁶ Fenger og Kristiansen, Acte uclair, i Dahl m.fl., Festskrift til Jens Peter Christensen, s. 825 (842 ff).

¹⁷ Sag C-135/13, Szatmári Malom Kft., dom af 15. maj 2014, sag C-212/13, Ryneš, dom af 11. december 2014, og sag C-314/13, Peftiev, dom af 12. juni 2014.

¹⁸ Sag C-401/11, Soukupová, dom af 11. april 2013. Se også sag C-650/13, Delvigne, dom af 6. oktober 2015, og sag C-617/10, Fransson, dom af 26. februar 2013.

¹⁹ Sag C-98/14, Berlington Hungary, dom af 11. juni 2015, og sag C-390/12, Pfleger, dom af 30. april 2014.

Chartret består af en bred pamflet af rettigheder af betydning for den nationale forvaltningsret. Dels medtager Chartret en vifte af sociale og økonomiske rettigheder, der hidtil ikke har været nedfældet på traktatniveau, og som næppe heller genfindes i hovedparten af medlemsstaternes forfatninger. Dels har nogle af Chartrets grundrettigheder karakter af retsprincipper, som i national ret anskues som forvaltningsretlige principper uden større forfatningsmæssig betydning. Dermed har Chartret "forfatningsgjort" dele af forvaltningsretten. Denne tendens understøttes af, at EU-Domstolen inddrager Chartret ved fortolkningen af EU-regler, selv hvor dette ikke sker med henblik på at undgå, at disse regler strider mod Chartret, men "blot" fordi Chartret knæsætter værdier, der kan anvendes som fortolkningsmomenter. Som eksempel kan nævnes en dansk sag, hvor EU-Domstolen henviste til Chartrets artikel 15 om erhvervsfrihed med henblik på at fortolke et direktiv på en måde, der sikrede de berørte virksomheder en større grad af frihed til at oprette og drive egen virksomhed.²⁰

En potentielt betydningsfuld bestemmelse er Chartrets art. 41 om god forvaltning. Bestemmelsen regulerer – i en forholdsvis overordnet form – forskellige forvaltningsprocessuelle spørgsmål. Art. 41 er efter sin ordlyd udelukkende rettet mod Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer. Den praktiske betydning af heraf er imidlertid begrænset, idet EU-Domstolen har udtalt, at bl.a. den ret til partshøring, som bestemmelsen knæsætter, blot udgør en kodifikation af en almindelig retsgrundsætning, der – uafhængigt af bestemmelsens formulering – også binder medlemsstaterne.²¹ Dermed gælder der inden for EU-rettens anvendelsesområde to forvaltningsprocessuelle regelsæt. Og det er ingeniørligt givet, at enhver EU-retlig pligt til f.eks. partshøring eller begrundelse allerede følger af de nationale regler.

En anden væsentlig bestemmelse er Chartrets artikel 8, stk. 1, der fastsætter, at »[e]nhver har ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører den pågældende«. Som EU-Domstolen gjorde det klart i Schecke-dommen,²² er denne bestemmelse meget mere end en tom hensigtserklæring, der kun får konkret indhold gennem udstedelse af direktiver og forordninger. Schecke-dommen viser også, at bestemmelsen i Chartrets art. 8 vil kunne have betydning for nationale regler om aktindsigt og tavshedspligt.

²⁰ Sag C-510/10, DR og TV2 Danmark A/S, dom af 26. april 2012.

²¹ Sag C-604/12, H.N., dom af 8. maj 2014, sag C-161/15, Benallal, dom af 17. marts 2016, og sag C-419/14, WebMindLicenses kft, dom af 17. december 2015.

²² Forenede sager C-92/09 & C-93/09, Schecke, Sml. 2010.I, s. 11063.

De for forvaltningsretten vigtigste bestemmelser i Chartret er imidlertid artiklerne 20 og 21. Chartrets art. 20 proklamerer, at "[a]lle mennesker er lige for loven." Endvidere udtaler Chartrets art. 21 følgende: "Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt." Chartrets 21 indeholder således dels en række specielle diskriminationsforbud, dels – med ordene "ethvert andet forhold" – et almindeligt diskriminationsforbud, der for så vidt blot bekræfter, hvad der allerede synes at kunne indlæses i art. 20.²³

Formuleringen "enhver forskelsbehandling ... på grund ... af ethvert ... forhold er forbudt" udelukker efter sin ordlyd vedtagelsen af så godt som alle former for lovgivning, der i sagens natur må anlægge et eller andet sondringskriterium. En så bogstavstro læsning har naturligvis aldrig været hensigten med bestemmelsen, der må forstås således, at den alene er til hinder for usaglig forskelsbehandling. Det interessante er derfor, at EU-retten flytter denne saglighedsvurdering fra den politiske til den judicielle scene og dermed gør indholdet af store dele af national lovgivning til et retsspørgsmål. Det gælder så meget desto mere, eftersom dette retsspørgsmål endvidere ikke i sidste instans skal afgøres af de nationale højesteretter, men derimod af en international domstol muligvis uden deltagelse af en dommer fra den stat, hvis nationale lovgivning bedømmes.

EU-Domstolens praksis viser klart, hvordan Chartrets art. 21 har retliggjort en række spørgsmål, der i bl.a. Danmark lande traditionelt har været anset som politiske. Således har EU-Domstolen bl.a. tilsidesat en tysk lovbestemmelse, der fastsatte et kortere opsigelsesvarsel for personer, der var blevet ansat, inden de var fyldt 25 år.²⁴ Den har også tilsidesat regler i dansk ret om overgangen fra arbejdsmarkedet til pension.²⁵ På tilsvarende måde har EU-Domstolen underkendt en undtagelsesbestemmelse i et rådsdirektiv om ligebehandling af mænd og kvinder, der tillod medlemsstaterne at acceptere forskelle i enkeltpersoners forsikringspræmier og -ydelse, når køn var en afgørende faktor ved risikovurderingen.²⁶ Et fjerde eksempel på bestemmelsens rækkevidde er, at det nu er blevet et judicielt spørgsmål, om lovgivningsmagten har pligt til at give forældre til tvillinger dobbelt så lang forældreorlov på samme måde, som hvis de havde født børnene med kort

²³ Sag C-21/10, Nagy, Sml. 2011.I, s. 6769.

²⁴ Sag C-555/07 Küçükdeveci, Sml. 2010.I, s. 365.

²⁵ Sag C-499/08, Ingeniørforeningen Danmark, Sml. 2010.I, s. 9343, sag C-546/11, DJØF, dom af 26. september 2013.

²⁶ Sag C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats, Sml. 2011.I, s. 773.

tids mellemrum.²⁷ Det samme gælder spørgsmålet, om seksuelt aktive homoseksuelle mænd skal have adgang til at være bloddonorer eller skal udelukkes herfra pga. forøget risiko for bl.a. HIV-smitte.²⁸

Det er næppe alle nordiske jurister (og politikere), der finder stor glæde ved, at det nu tilkommer dommere at afgøre sådanne spørgsmål på baggrund af vage retsregler. Det gælder navnlig i forhold til økonomiske og sociale grundrettigheder, der ofte er udtryk for fordelingspolitiske valg. For dels er den politiske proces i almindelighed i stand til at inddrage flere synspunkter end, hvad der er muligt inden for en retssags snævre rammer. Dels har dommere intet særligt demokratisk mandat, ligesom man (heldigvis) ikke kan stemme dommere ud, hvis man er uenig i deres afgørelser.

3. EMRK

3.1. Påvirkningen af den specielle forvaltningsret

Ovenfor har jeg søgt at vise, at EU-retten har stor betydning for den nationale forvaltningsret. Den samme pointe kan – i noget mindre omfang – gøres i forhold til EMRK.

Det gælder naturligvis i særlig grad for den specielle forvaltningsret. I Danmark er EMRK blevet inddraget som en del af retsgrundlaget i forbindelse med bl.a. tvangsfiksering af psykiatriske patienter.²⁹ EMRK berører også anvendelsen af regler om tvangsfjernelser af børn³⁰ og stiller krav om, at myndighederne griber ind over for forældres omsorgssvigt og misbrug af børn.³¹ Også i sager om ekspropriation kan konventionen få betydning.³² Herudover er en fortolkning af EMRK art. 8 i Danmark ofte udslagsgivende i sager om udvisning og manglende opholdstilladelse m.v.,³³ ligesom konventionen spiller en rolle ved prøvelsen af administrative beslutninger om udlevering af

²⁷ Sag C-149/10, Chatzi, Sml. 2010.I, s. 8489.

²⁸ Sag C-528/13, Léger, dom af 29. april 2015.

²⁹ U 2014.3300 Ø og U 2014.3045 Ø.

³⁰ U 2012.344 Ø.

³¹ FOB 2014-19

³² U 2012.1576 V og MAD 2012.279 V. Se også EMD af 28. januar 2014 i sag nr. 35810/09.

³³ Se fsva udvisning bl.a. U 2016.2883 H, U 2016.2783 H og U 2016.2793 H. Tilsvarende om bortfald af opholdstilladelse U 2013.388 H. For en anden menneskeretlig problemstilling i forhold til udviste se U 2012.2874 H, hvor en afgørelse om ophold på et offentligt center for en udlænding på tålt ophold var uproportional og derfor blev ophævet som ugyldig, ligesom en afgørelse om meldepligt i centeret blev ophævet.

personer til strafforfølging i andre lande.³⁴ EMRK har også været inddraget ved prøvelsen af påbud efter byggeloven om fjernelse af radioamatøres antennemaster.³⁵

Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) viser, at bl.a. miljøretten kan indeholde menneskeretlige aspekter, som myndighederne skal være opmærksomme på. Eksempelvis har EMD fastslået, at en ulovlig etablering af kirkegård ca. 38 meter fra en beboelsejendom med egen vandforsyning grundet forureningsrisiko udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8.³⁶ EMD har også udtalt, at et påbud om at bringe nogle romaers ulovlige ophold i campingvogne i et rekreativt område til ophør krænkede EMRK. art. 8, da myndighederne ikke havde afvejet retshåndhævelsessensynet over for proportionalitetsbetragtninger.³⁷ Som et tredje eksempel inden for miljørettens område kan nævnes, at en myndigheds beslutning, hvorefter en ejendom var udlagt til offentlige formål i over 20 år uden ekspropriation til virkeliggørelse af det offentlige formål, indebar en krænkelse af 1. tillægsprotokol art. 1 om ejendomsrettens ukrænkelighed.³⁸

Endvidere indebærer EMD's udvidende fortolkning af EMRK, at konventionen ikke kun er relevant i relation til myndigheders "overgreb" mod borgerne, men også etablerer handle- og omsorgspligter for forvaltningsmyndighederne. Nyere eksempler herpå af relevans for forvaltningsretten kan findes i domme, der har statueret

- at myndighedernes mangelfulde information af nogle skibsværftsarbejdere mod sundhedsfaren ved asbest udgjorde en krænkelse af EMRK art. 2 og 8,³⁹
- at myndighedernes manglende beskyttelse af en familie mod alvorlige støjgener fra en privat bar udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8,⁴⁰
- at naboers udsættelse for sundhedsfarlig forurening i over 12 år fra kulværk uden effektiv indgriben fra myndighederne side udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8,⁴¹

³⁴ U 2016.623 Ø, U 2014. 423 H, U.2013.2240 H, U 2013.834 H og U 2011.2904 Ø.

³⁵ Tfk 2004.339/2 Ø.

³⁶ EMD af 4. september 2014 i sag nr. 42488/02.

³⁷ EMD af 17. oktober 2013 i sag nr. 27013/07 og af 11. oktober 2016 i sag nr. 19841/06.

³⁸ EMD af 1. oktober 2013 i sag nr. 24508/09.

³⁹ EMD af 24. juli 2014 i sagerne 60908/11 m.fl. Se også EMD af 5. december 2013 i sag nr. 52806/09.

⁴⁰ EMD af 20. maj 2010 i sag nr. 61260/08. Tilsvarende EMD af 18. juni 2013 i sag nr. 50474/08 vedr. støjgener fra en jernbanestation, der oversteg de legale støjgrænser i 16 år, og EMD af 9. november 2010 i sag nr. 2345/06 vedr. støj og andre ulemper på grund af tung trafik på landevej gennem et boligområde.

⁴¹ EMD af 10. februar 2011 i sag nr. 30499/03.

- at myndighedernes manglende indgriben over for en voldelig mand, der endte med at myrde sin ekshustru, udgjorde en krænkelse af EMRK art. 2,⁴²
- at EMRK art. 2 også var krænket i forbindelse med en dødsulykke pga. et væltet træ, da statens pligt til at advare mod fare på offentligt sted ikke var opfyldt, og da den efterfølgende undersøgelse af ulykken og retsforfølgning med henblik på ansvarsplacering havde været mangelfuld.⁴³

Undertiden inddrages EMRK med henblik på at anfægte manglende eller begrænsede sociale ydelser, muligt forskelsbehandlende skatteregler og regler om løn under ansættelsestilbud.⁴⁴ I hvert fald i Danmark har sådanne søgsmål dog hidtil ikke vundet gehør hos domstolene.

Også problemstillinger, som traditionelt er blevet anset som del af den almindelige forvaltningsret, må tilpasses konventionens krav.⁴⁵ I det følgende tages udvalgte problemstillinger op til nærmere diskussion. Inden da bemærkes mere generelt, at EMRK's påvirkning af national forvaltningsret per natur er anderledes end den påvirkning, som kommer fra EU-retten. For hvor unionsorganerne i betydelig grad fremelsker ensartede løsninger via harmoniseret lovgivning og en særlig EU-fortolkningsstil, er formålet med EMRK ikke at foretage retstilnærmning, herunder i forhold til den offentlige ret, der berører menneskerettighederne. Endvidere er EMD's tilgang udpræget konkret med fokus på den enkelte sags særlige forhold. Den praktiske betydning af konventionen afhænger derfor i vid udstrækning af, hvilken retsstilling der allerede følger af national forvaltningsret.

3.2. *Hjemmelsspørgsmål*

Hvor det er relevant, må nationale lovbestemmelser og uskrevne retsgrundsætninger fortolkes og udfyldes i overensstemmelse med menneskerettighederne. Eksempelvis må reglerne om offentligt ansattes yringsfrihed og beskyttelse af whistle-blowers ses i lyset af EMRK art. 10.⁴⁶ I den sammenhæng er det vigtigt at være opmærksom på, at EMRK's relevans for forvaltningsretten kan gå videre end krævet af konventionen. Det skyldes, at i hvert fald nogle danske retsanvendende organer undertiden inddrager EMRK til støtte for et givent resultat, uden at det gøres klart, om

⁴² EMD af 28. juni 2016 i sag nr. 63034/11.

⁴³ EMD af 14. juni 2011 sag nr. 19776/04.

⁴⁴ U 2013.2324 H, U 2012.1629 H, U 2012.1761 H, U 2008.342 H og U 2006.2083 H.

⁴⁵ Se også U 2013.1281 V om EMRK art. 6 og aktindsigt i form af "fiskeekspedition" i lignende sager.

⁴⁶ Se herom EMD af 12. februar 2008 i sag 14277/04 og af 21 juli 2011 i 28274/08.

EMRK rent faktisk nødvendiggør det pågældende resultat, eller om man ”blot” har ladet sig besjæle af de værdier, der ligger bag konventionens frihedsrettigheder.⁴⁷

I bl.a. dansk juridisk teori er det blevet diskuteret, om myndighederne bør basere deres afgørelser eksplicit på EMRK, eller om det er mere hensigtsmæssigt, hvis forvaltningen og domstolene når til et resultat, der opfylder konventionens krav ud fra mere prosaiske fortolkningsfaktorer, således at de undgår at udtrykke deres mening om konventionens betydning for den konkrete sag.⁴⁸ Min egen holdning til dette spørgsmål er, at det må være overladt til myndighederne selv at vælge de midler, hvorved de sikrer konventionens overholdelse. Der kan bestemt undertiden være en retspolitisk og informativ værdi i så-at-sige at markedsføre menneskerettighederne. Endvidere kan en manglende tilbøjelighed til at argumentere menneskeretligt for et givet resultat i nogle tilfælde skyldes, at den pågældende retsanvender enten ikke er opmærksom på EMRK eller ikke anskuer konventionen som en fuldt ud integreret og almindelig del af national ret. Det er imidlertid en god nordisk retstradition ikke at gøre en sag stor, principiel og kontroversiel, hvis det rette resultat kan opnås ved anvendelse af mere prosaiske retskilder. Denne tilgang er særlig velbegundet i de ikke så få tilfælde, hvor det kan være forbundet med større vanskeligheder at fastslå retstilstanden efter EMRK's vage og elastiske bestemmelser end efter den nationale offentligretlige lovgivning. Det er desuden et almindeligt folkeretligt princip, at det overlades til de nationale myndigheder selv at vælge de midler, hvorved de sikrer en konventions overholdelse.

Afgørende bør derfor alene være, at de vurderinger, som de nationale myndigheder anlægger, er indholdsmæssigt konforme med EMRK, og at myndighedernes afgørelser i øvrigt besjæles af de grundlæggende værdier, som konventionen er bærer af. Faktisk kan man hævde, at det mere er et sundhedstegn end et problem, når en sag har kunnet løses menneskeretskonformt, uden at der har været behov for at inddrage EMRK. For dette er jo netop et tegn på, at national ret grundlæggende lever op til menneskerettighederne. Det ville straks have været mere bekymrende, om prøvelsesorganerne ofte måtte ty til international ret for at sikre, at deres afgørelser overholder menneskerettighederne.

⁴⁷ FOB 2004.452, FOB 2005.485, FOB 2005.589 og FOB 2010 20-7.

⁴⁸ Se herom bl.a. Ayo Næsborg-Andersen, Human Rights in National Administrative Law, DJØF 2015.

3.3. Berettigede forventninger

En yderligere menneskeretlig påvirkning af nordisk forvaltningsret kan i visse sager indtræde i forhold til retsvirkningerne af underkendelse af begunstigende forvaltningsakter.

Her er det udgangspunkt efter bl.a. dansk ret, at der indtræder ugyldighed. Heroverfor har EMD indtaget det standpunkt, at tildelingen af en begunstiging så som en tilladelse eller en offentlig ydelse kan være sikret af EMRK 1. tillægsprotokol art. 1, selv om begunstigelsen efterfølgende viser sig ikke at have hjemmel i den relevante nationale lovgivning. Efter EMD's praksis omfatter beskyttelsen efter denne bestemmelse nemlig ikke kun de rettigheder, der følger af det nationale retssystem, men også berettigede forventninger om at have en ejendomsret. Virkningen er, at EMRK 1. tillægsprotokol art. 1 efter omstændighederne kan være til hinder for en underkendelse af en begunstigende forvaltningsakt som værende i strid med lovgivningen.

At denne praksis kan have reel betydning for den nationale forvaltningsret, illustreres af Moskaldommen, hvor EMD fastslog, at 1. tillægsprotokol art. 1 var til hinder for en beslutning om at frakende en person fortsat ret til en særlig form for førtidspension, da myndighederne opdagede, at vedkommende aldrig havde haft krav på pensionen, der var tildelt ved myndighedernes fejl. Det gjaldt, selv om der ikke var truffet afgørelse om, at den berørte borger skulle tilbagebetale allerede udbetalte beløb. Til støtte herfor udtalte EMD bl.a. følgende: "*[A]s a general principle, public authorities should not be prevented from correcting their mistakes, even those resulting from their own negligence. ... [T]he Court must, nonetheless, observe that the above general principle cannot prevail in a situation where the individual concerned is required to bear an excessive burden as a result of a measure divesting him or her of a benefit. If a mistake has been caused by the authorities themselves, without any fault of a third party, a different proportionality approach must be taken in determining whether the burden borne by an applicant was excessive.*"⁴⁹

På tilsvarende måde har EMD statueret krænkelse af konventionen i en sag, hvor de svenske myndigheder havde nægtet at udstede en byggetilladelse i forlængelse af et forhåndstilsagn herom.

⁴⁹ EMD af 15. september 2009 i sag nr. 10373/05. Se også EMD af 28. september 2004 i sag nr. 44912/98, hvorefter "the persons concerned were entitled to rely on the fact that the legal act on the basis of which they had incurred financial obligations would not be retrospectively invalidated to their detriment."

Det gjaldt, selv om de svenske domstole havde erklæret forhåndstilsagnet for ugyldigt pga. manglende nabohøring.⁵⁰

Personligt har jeg lidt svært ved at se, hvordan der kan opstå en ejendomsret til f.eks. en social ydelse, som lovgivningen slet ikke hjemler. Men nu tvinger international ret altså forvaltningsretten til også at tænke i sådanne baner.⁵¹ Dommene i Moskal og Hellborg-sagerne viser herudover, at EMRK påtvinger national ret at inddrage forventningshensyn i forbindelse med vurderingen af, hvilke retsvirkninger det skal have, at en begunstigelse viser sig at være ulovhjemlet. Sådanne betragtninger har formentlig længe været en del af de forvaltningsretlige tankebaner i de fleste nordiske retssystemer. Alligevel kan det ud fra en forvaltningsretlig synsvinkel overraske, at internationale domstole nu forbeholder sig – indgående og ud fra et menneskeretligt perspektiv – at overprøve den nationale rets afvejning af de modstridende hensyn, der indgår i en afvejning af, hvilke retsvirkninger der skal være forbundet med, at en begunstigende forvaltningsakt viser sig at være ulovhjemlet. Også på dette punkt er forvaltningsretten således ved at antage en mere forfatningsretligt orienteret karakter. Det er efter min opfattelse velbegrundet, at EMD i sin nyeste praksis synes at udvise en større forsigtighed med at overskønne den nationale afvejning i sager, hvor forvaltningsmyndighederne har begået en fejl i forbindelse med udstedelse af en begunstigelse og ønsker at genoprette fejlen.⁵²

Samspeilet mellem 1. tillægsprotokol art. 1 og princippet om beskyttelsen af berettigede forventninger indebærer også, at denne bestemmelse kan have betydning for brugen af tidsbegrænsede tilladelser.

Dette illustreres af to sager fra EMD. Sagsfaktum var, at ejerne af nogle lovligt opførte bygninger på franske offentligt ejede kystarealer løbende havde fået tidsbegrænsede tilladelser til at bruge de

⁵⁰ EMD af 28. februar 2006 i sag 47473/99. For andre eksempler se EMD af 1. juni 2006 i sag 25921/02, af 29. november 1991 i sag 43/1990/234/300 og af 24. juni 2003 i sag 44277/98. Omvendt fandt EMD i dom af 26. juli 2011 i sag nr. 30614/06 ikke art. 1 krænket i en sag, hvor de polske myndigheder stoppede en helbredsbetingsbetet ydelse med fremadrettet virkning på grundlag af nye lægelige undersøgelser. Se også EMD af 14. februar 2012 i sag 36571/06, hvor det blev fastslået, at princippet i Moskal ikke gælder i situationer, hvor afgørelsens fejlagtige indhold ikke kan bebrejdes myndigheden, men skyldes, at borgeren ikke har afgivet korrekt information.

⁵¹ Se også EMD af 23. september 2014 i sag 46154/11, hvorefter rådighed over søterritorium til drift af dambrug blev anset for beskyttet ejendom omfattet af EMRK 1. tillægsprotokol art. 1, uanset der ikke i henhold til nationale regler kunne erhverves ejendomsret over søterritorium. EMD fandt desuden, at et påbud om ophør af den pågældende dambrugsdrift og om overdragelse af rådighed til myndighederne krænkede art. 1, uanset dambruget var ulovligt etableret.

⁵² EMD af 11. oktober 2016 i sag nr. 42910/08.

relevante arealer. Imidlertid medførte en ny lov om beskyttelse af kystområder, at de hidtidige tilladelser ikke længere kunne fornyes, og at allerede opført byggeri skulle afvikles. Dog fik ejerne tilbud om livsvarige personlige tilladelser, men således at enhver form for overdragelse af rettigheder var afskåret, og bygningerne fremover kun måtte vedligeholdes.

Uanset den udtrykkelige tidsbegrænsning i de enkelte tilladelser fastslog EMD, at der var tale om en ejendomsret i konventionens forstand. De gentagne fornyelser af de tidsbegrænsede tilladelser begrundede nemlig – efter EMD's opfattelse - en berettiget forventning hos klagerne om fortsat at kunne eje og bruge bygningerne. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at det fremgik af de tidsbegrænsede tilladelser, at husejerne havde pligt til at retablere de berørte arealer uden økonomisk kompensation. Først i vurderingen af, om indgrebet i ejendomsretten var berettiget, tog EMD hensyn til, at det til stadighed havde fremgået af tilladelse, at disse var tidsbegrænsede. Bl.a. henset til, at klagerne var blevet tilbudt livsvarige personlige tilladelser, fandt flertallet, at indgrebet var proportionalt, mens mindretallet fandt, at konventionen var blevet krænkelse. Det synes ud fra flertallets præmisser uklart, om man også ville have respekteret de franske myndigheders beslutning, såfremt klagerne ikke havde fået tilbudt en overgangsordning, der var mere gunstig end den, der fremgik af de tidsbegrænsede tilladelser.⁵³

3.4. Domstolsprøvelsen

EMRK's betydning stopper ikke ved hjemmel læren, men strækker sig også til domstolsprøvelsen.

For det første kan EMRK art. 6 i visse tilfælde kræve en fortolkning af nationale regler om søgsmålsgang, som næppe ville have været naturlig, såfremt man ikke havde inddraget konventionsbestemmelsen og de hensyn, der ligger bag denne.⁵⁴

For det andet kan konventionen inddrages i en vurdering af, om der skal meddeles opsættende virkning under domstolsprøvelsen. Der kan f.eks. opstå spørgsmål, om retten til familieliv efter

⁵³ EMD af 29. marts 2010 i sagerne nr. 34044/02 og 34078/02. For yderligere eksempler se EMD af 7. juli 2009 i sag 22279/04 og af 3. november 2009 i sag 38016/07, hvor de polske myndigheders afvisning af at betale erstatning for nogle ulovlige forvaltningsakter med den begrundelse, at klagerne havde sagsøgt den forkerte myndighed, udgjorde en krænkelse af 1. tillægsprotokol, art. 1.

⁵⁴ U 1994.953 H, U 1997.889 H og U 1998.141 Ø.

EMRK art. 8 indebærer, at en udvisning skal suspenderes, mens lovligheden af udvisningen prøves.⁵⁵

For det tredje kan det forhold, at et søgsmål fra en processuel udlænding angår myndighedernes mulige krænkelse af menneskerettigheder, indgå i en vurdering af, om det vil være uberettiget at afkræve udlændingen sikkerhed for sagsomkostninger for det tilfældes skyld, at han taber sagen.⁵⁶

For det fjerde kan konventionen fordre en øget intensitet i domstolsprøvelsen af visse typer forvaltningsakter. Det gælder selvsagt navnlig for retssystemer, der ikke er vant til en dybdegående domstolskontrol med forvaltningens beslutninger. Men også for de retssystemer, hvor dette er en del af en dommers hverdag, kan konventionen have betydning for forvaltningsretten. I dansk ret er EMRK bl.a. slået igennem i forhold til sager om parkeringsafgift til det offentlige. Det skyldes, at domstolskontrollen med forvaltningen i sådanne sager skal iagttage de retssikkerhedsgarantier, der i medfør af EMRK art. 6 gælder for tiltalte i straffesager. Virkningen er, at sager om pålæg af parkeringsafgifter ikke skal følge de almindelige bevisregler for civile sager, men at domstolene – og dermed indirekte også forvaltningen selv – i stedet skal anvende de beviskrav, der gælder i straffesager, jf. herved reglen om uskyldsformodningen i EMRK art. 6, stk. 2.⁵⁷

Endelig kan EMRK have betydning for reglerne om det offentliges erstatningsansvar for ulovlige myndighedshandlinger. Således har flere danske landsretsafgørelser fastslået, at der gælder et objektivt ansvar for brud på EMRK art. 3 og 5 samt 4. tillægsprotokol art. 2, uanset at det generelle myndighedsansvar i dansk ret er et culpaansvar.⁵⁸ EMRK kan også få betydning for udløsningen af godtgørelser (og størrelsen heraf), hvor der ikke er lidt et økonomisk tab.⁵⁹

⁵⁵ U 2016.1098 H, hvor dette dog ikke var tilfældet.

⁵⁶ U 2013.3358 H.

⁵⁷ U 2010.1027 H, U 2010.1034 H og U 2010.2302 Ø.

⁵⁸ U 2012.1439 Ø, U 2014.3045 Ø og ØLD af 31. maj 2016 i B-1168-15 (hvor der er meddelt anketilladelse til Højesteret).

⁵⁹ TfK 2016.492 V, U 2014.3300 Ø, U 2014.3045 Ø og U 2012.1439 Ø.

3.5. Forvaltningsproces og offentlighedslovgivning

Endelig har EMRK betydning for forvaltningsprocessen. For det første har konventionens art. 6 betydning for forvaltningens adgang til at pålægge borgerne at svare på spørgsmål, der vil indebære selvinkriminering.⁶⁰

For det andet må det antages, at uskyldsformodningen i EMRK art. 6, stk. 2, stiller krav til, på hvilken måde forvaltningsmyndigheder kan offentliggøre f.eks. kontrolundersøgelser, der afdækker mulige strafbare forhold.⁶¹ Hvor det må anses for berettiget for en myndighed og dets personale at udtale sig om en igangværende strafferetlig efterforskning, skal udtalelserne ske med den diskretion og tilbageholdenhed, som uskyldsformodningen kræver. Det vil derfor på den ene side være berettiget at udtrykke en mistanke om, at den pågældende har begået en lovovertrædelse, men på den anden side være problematisk, såfremt udtalelserne indebærer en egentlig stillingtagen til skyldsspørgsmålet, inden dette er afgjort af en domstol.⁶²

For det tredje har EMD fastslået, at EMRK art. 8 må fortolkes således, at den i forhold til visse typer af særligt indgribende forvaltningsafgørelser ikke alene indeholder materielle rettigheder, men også kræver, at forvaltningens afgørelse ikke træffes, før den pågældende er blevet hørt, og at myndigheden skriftligt begrundes, hvorfor den har truffet den pågældende afgørelse.⁶³ På tilsvarende måde har EMD udtalt, at en sanktion mod to parlamentsmedlemmer for uretmæssige ytringer kun var kompatibel med EMRK art. 10, såfremt sanktionen blev truffet på baggrund af en forudgående partshøring og med efterfølgende begrundelse: ”*With regard to ex post facto disciplinary sanctions, the Court considers that the procedural safeguards available to this effect should include, as a minimum, the right for the MP concerned to be heard in a parliamentary procedure before a sanction is imposed. It notes that the right to be heard would indeed increasingly appear as a basic procedural rule in democratic States, over and beyond judicial procedures, as demonstrated, inter alia, by Article 41 § 2 (a) of the Charter of Fundamental Rights of the EU ... Furthermore, the Court considers that any ex post facto decision imposing a disciplinary sanction should state basic reasons, thus not only enabling the MP concerned to*

⁶⁰ EMD af 10. september 2002 i sag nr. 76574/01.

⁶¹ EMD af 21. oktober 2015 i sag nr. 23319/08, af 26. marts 2002 i sag nr. 48297/99 og af 10. februar 1995 i sag nr. 15175/89.

⁶² EMD af 10. februar 1995 i sag 15175/89.

⁶³ EMD af 20. marts 2007 i sag nr. 5410/03 om abort.

understand the justification for the measure but also permitting some form of public scrutiny of it. ... Having regard to the foregoing, the Court considers that in the circumstances of the case the impugned interference with the applicants' right to freedom of expression was not proportionate to the legitimate aims pursued because it was not accompanied by adequate procedural safeguards.”⁶⁴

For det fjerde har EMD – af samme grund som i forhold til de netop omtalte pligter til kontradiktion og begrundelse – indfortolket et krav om rimeligt administrativ sagsbehandlingstid i flere af konventionens bestemmelser. Eksempelvis var art. 8 krænket, da det tog de maltesiske myndigheder 28 måneder at udstede et vielsescertifikat.⁶⁵

For det femte kræver EMRK i en række situationer, at de nationale myndigheder vederlagsfrit stiller tolkebistand til rådighed for bl.a. frihedsberøvede og personer, der er anklaget for en lovovertrædelse.⁶⁶

For det sjette kan EMRK art. 8 have betydning for nationale regler om videregivelse og offentliggørelse af personoplysninger. Som et nyere eksempel kan nævnes en sag, hvor EMD fandt, at det udgjorde en krænkelse, at de estiske myndigheder havde offentliggjort, at en person i tiden under USSR havde arbejdet som chauffør i KGB. EMD anerkendte formålet bag offentliggørelsen, men fandt den uproportional henset til, at offentliggørelsen ikke var sket på grundlag af en konkret vurdering, der inddrog hvilken type arbejdsfunktion den pågældende havde haft.⁶⁷

Endelig, for det syvende, kan EMRK efter omstændighederne skabe en ret til aktindsigt for både parter og visse andre grupper. Konventionen indeholder ganske vist ingen bestemmelser, der udtrykkeligt giver ret til partsaktindsigt. EMD har imidlertid udtalt, at art. 8 i visse tilfælde sikrer parter ret til aktindsigt.⁶⁸ Endvidere har EMD indfortolket i EMRK art. 10 en ret til aktindsigt for

⁶⁴ EMD af 17. maj 2016 i sag nr. 42461/13 og 44357/13. Se også EMD af 20. oktober 2009 i sag nr. 39128/05, der ligeledes indbygger et begrundelseskraav i EMRK art. 10, denne gang i forhold til et afslag på ansættelse ved et universitet. Denne måde at indfortolke processuelle rettigheder i materielle bestemmelser ud fra en blanding af retsstatsprincipper og argumenter om, at de processuelle rettigheder de facto er nødvendige for at sikre den effektive virkning af de materielle rettigheder, er ikke ulig den, som EU-Domstolen har foretaget i forhold til bl.a. arbejdskraftens frie bevægelighed, jf. sag 222/86, Heylens, Sml. 1987, s. 4097.

⁶⁵ EMD af 20. juli 2010 i sag nr. 38816/07.

⁶⁶ EMD af 21. februar 1984 i Öztürk-sagen, og af 28. november 1978 i Luedicke, Belkacem og Koc-sagen.

⁶⁷ EMD af 3. september 2015 i sag nr. 22588/08. Art. 8 kan også sætte grænser for adgangen til at videregive følsomme oplysninger mellem myndigheder, der alle er underlagt tavshedspligt, jf. EMD af 25. september 2009 i sag nr. 26664/03, hvor videregivelsen dog blev anset for berettiget.

⁶⁸ EMD af 19. oktober 2005 i sag nr. 32555/96, EMD af 19. februar 1998 i Gaskin-sagen, Series A no. 160, EMD af 24. september 2002 i sag nr. 32555/96 og EMD af 6. juni 2006 i Segerstedt-Wiberg-sagen.

journalister og NGO'er.⁶⁹ Således statuerede EMD krænkelse af art. 10 i en sag, hvor en NGO's anmodning om aktindsigt i et parlamentsmedlems klage til den ungarske forfatningsdomstol var blevet nægtet med henvisning til, at sagens oplysninger var »private«. ⁷⁰ Endvidere har EMD i 2016 fundet, at art. 10 sikrer en ret til aktindsigt *"in circumstances where access to the information is instrumental for the individual's exercise of his or her right to freedom of expression, in particular "the freedom to receive and impart information" and where its denial constitutes an interference with that right."* EMD udtalte videre, at det i den konkrete sag udgjorde en krænkelse af ytringsfriheden, at de ungarske myndigheder havde afslået aktindsigt i navnene på nogle forsvarere med den begrundelse, at der var tale om information omfattet af de nationale regler om beskyttelse af personoplysninger. EMD pegede i forbindelse på, at *"the information sought by the applicant NGO from the relevant police departments was necessary for the completion of the survey on the functioning of the public defenders' scheme being conducted by it in its capacity as a non-governmental human-rights organisation, in order to contribute to discussion on an issue of obvious public interest. By denying it access to the requested information, which was ready and available, the domestic authorities impaired the applicant NGO's exercise of its freedom to receive and impart information, in a manner striking at the very substance of its Article 10 rights."*⁷¹

Som anført i den dissens til dommen, som den islandske og den danske dommer afgav, kan denne dom give anledning til betydelig retsusikkerhed: *"Once recognised under Article 10, a right of access will generally have to be balanced with either the privacy interests of non-disclosure under Article 8 of the Convention, when the requested information is of a personal nature, or in other situations with public-interest considerations under Article 10 § 2. These balancing exercises will not necessarily coexist harmoniously with domestic norms providing for absolute limitations on public access to documents in, for example, the fields of national security, law enforcement or data protection. ... [T]he practical consequences of the Court's judgment is that member States of the Council of Europe may now have to change fundamentally their national freedom-of-information laws in order to take account of the requirements of Article 10 of the Convention that logically flow from today's judgment. They will also, where relevant, have to reconcile those requirements with national and EU data-protection legislation. ... Article 10 would itself become a European-Wide*

⁶⁹ EMD af 28. november 2013 i sag nr. 39534/07 og af 19. februar 1998 i sag nr. 32555/96.

⁷⁰ EMD af 14. april 2009 i sag nr. 37374/05.

⁷¹ EMD af 8. november 2016 i 18030/11.

Freedom of Information law. But it would be a law lacking the specific provisions and qualifications which are in practice debated and fashioned by national legislatures according to national conditions and are set out in national Freedom of Information statutes.”

Mere klart kan det næppe udtales, at banen er lagt for øget fremtidig påvirkning af forvaltningsretten fra de europæiske domstole.