

## Indhold

*Legalitetsprincippet byggesten  
– er fundamentet i orden?*  
Af Jacob Graff Nielsen **163**

*Rettigheder over værdipapirer.  
Individualisering og sikringsakt*  
Af Ulrik Rammeskov  
Bang-Pedersen **176**

*En skyldners adgang til at stille  
kontrapant for en begrænset  
hæftende kautionists regreskrav*  
Af Pia Molkte-Jensen **190**

*Nye Love:  
Straffeprocessuelle initiativer mod  
rockermiminalitet m.v.*  
Af Anne Kristine Axelsson  
og Lise Lauridsen **201**



# Legalitetsprincippet byggesten

## – er fundamentet i orden?

Af adjunkt, ph.d. JACOB GRAFF NIELSEN, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

### 1. Indledning

Legalitetsprincippet er et begreb, som alle jurister er bekendte med, og som får de fleste jurister til at rette ryggen. Det er et princip, som juristen kan hente støtte i, når der skal træffes en retsafgørelse og argumenteres for det resultat, der lægges til grund for retsafgørelsen. Såvel den juridiske metode som retskilde- og fortolkningslæren er under stærk påvirkning af legalitetsprincippet. Dette hænger sammen med, at legalitetsprincippet i sin kerne er et spørgsmål om hjemmel. Hjemmelsspørgsmål kan kun besvares ved at analysere det relevante retskildemateriale for at afklare, om de faktiske og beviste oplysninger i sagen er omfattet af retsfaktum. Hvis dette er tilfældet, skal den i medfør af retskildematerialet relevante retsfølge lægges til grund. I langt de fleste retsafgørelser, der træffes af forvaltning, administrative rekursorganer, råd og nævn samt domstole, indgår hjemmelsspørgsmål, som i deres natur skal besvares bekræftende eller benægtende. Et enten bekræftende eller benægtende svar er nødvendigt for at afklare, om der i den konkrete sag er hjemmel for den pågældende retsfølge, eller dette ikke er tilfældet. Retsansvenderen er således nødt til at nå frem til et resultat, selvom det kan være særdeles vanskeligt at give et svar på, om der er hjemmel eller ej på grundlag af de relevante retskilder og en fortolkning af disse.

Spørgsmålet om det almindelige legalitetsprincip i dansk ret indgik som et væsentligt element min ph.d.-afhandling om legalitetskravet

ved beskatning.<sup>1</sup> Analysen af legalitetskravet ved beskatning tog udgangspunkt i den generelle betydning, som legalitetsprincippet har i dansk ret.<sup>2</sup> Selvom indholdet af legalitetsprincippet kan fremstilles så enkelt, resulterede de indgående studier af begrebets nuancer ikke sjældent i en fornemmelse af, at princippet har en nærmest metafysisk karakter i dansk ret.<sup>3</sup> Det skyldes bl.a., at der hersker uenighed om princippet indhold, betydning og baggrund samt, at det er en særdeles vanskelig – for ikke at sige umulig – opgave at redegøre udtømmende for princippet. Princippet konturløse karakter forstærkes endvidere af, at der er tale om et uskrevent princip.

Intentionen med nærværende artikel er at forsøge at løfte en smule af det terminologiske slør, som omgiver legalitetsprincippet. Udover en redegørelse for princippet udspring og indhold, der holdes på et generelt niveau, fokuseres der nærmere på, hvad baggrunden for princippet må

1. *Jacob Graff Nielsen: Legalitetskravet ved beskatning, De forfatnings- og forvaltningsretlige rammer, Forlaget Thomson GadJura, 2003. Bogen er udarbejdet på grundlag af den indleverede ph.d.-afhandling og forkortes i det følgende: Graff Nielsen 2003.*
2. Se *Graff Nielsen 2003*, kapitel V, om det almindelige legalitetsprincip i forfatningsretten samt kapitel XI om legalitetsprincippet i forvaltningsretten.
3. Metafysisk skal i denne forbindelse forstås i den af ordets betydninger, som er udtryk for uklare og virkelighedsfjerne grublerier, jf. *Karl Hårbøl, Jørgen Schack, Henning Spang-Hanssen og Jørgen Bang: Dansk Fremmedordbog, 2. udgave, 2002, Gyldendal, s. 613.*

antages at være. Spørgsmålet er nemlig, om princippet er et selvstændigt retsprincip, der eventuelt kan udledes af konstitutionelle normer, eller om princippet i stedet må anses som en samlebetegnelse for en række hjemmelsvirkninger, der bl.a. er funderet i grundloven, den almene retslære og international retsdannelse. Til støtte for sidstnævnte synspunkt anfører *Bent Christensen* som indledning til et værk om hjemmelsspørgsmålet:

»Hjemmelsspørgsmålene er altså en samlebetegnelse for *retsregler, der med vekslende intensitet bestemmer, under hvilke omstændigheder en beslutning kan træffes og med hvilket indhold.*«<sup>4</sup>

Imidlertid gøres det ikke gældende, at anskuelser af legalitetsprincippet nødvendigvis er *den eneste rette*. Dette forbehold tages særligt med henblik på erfaringerne fra norsk ret, hvor tilgangen til legalitetsprincippet har forgrenet sig i to teorier, og hvor der findes mange nuancer heraf hos de enkelte retsteoretikere.<sup>5</sup> De to forskellige tilgange til legalitetsprincippet i norsk ret er nemlig ikke modsætninger, men derimod udtryk for differentierende tilgange til, hvad udgangspunktet må antages at være ved besvarelsen af hjemmelsspørgsmålet.

Nedenfor i afsnit 2 redegøres der først for princippet teoretiske udspring. Herefter vendes blikket i afsnit 3 mod princippet indhold og betydning i dansk ret i dag. I afsnit 4 behandles spørgsmålet om princippet retlige baggrund. Endelig findes konklusionen i afsnit 5, hvor der desuden gøres nogle overvejelser om legalitetsprincippet betydning i fremtiden.

## 2. Legalitetsprincippet udspring

Den grundlæggende forudsætning for legalitetsprincippet findes i tankegangen bag retsstaten. Legalitet og legitimitet er to meget nært forbundne begreber, idet kravet om legalitet eller hjemmel er en følge af behovet for legitimitet. Legitimitet er på sin side et uundværligt element i retsstatstankegangen, fordi statens opgaver er fordelt mellem og forbeholdt forskellige organer. Lovgivningsmagten er således forbeholdt Folketinget og kongen (regenten) i forening, således at forvaltningens myndighedsudøvelse over for borgerne samt andre private retssubjekter som udgangspunkt kun kan gennemføres, hvis en bemyndigelse fra lovgiver kan dokumenteres i form af lovhjemmel. Dermed sikres, at rammerne for regulering i form af tilladelser, bevillinger samt påbud og forbud er godkendt af lovgiver, hvorved grundlaget for et legalitetskrav med udgangspunkt i lovhjemmel er skabt.<sup>6</sup>

Behovet for legitimitet eksisterede tillige i en anden form under enevælden og kan spores helt tilbage til håndfæstningernes tid. Men grundlaget for legalitetsprincippet opstår først i Juni-grundloven fra 1849 i form af magtfordelingen mellem konge, godsejere samt borgere og bønder, jf. Junigrundlovens § 2.<sup>7</sup> Grundlovens rødder i den indskrænket-monarkiske Junigrundlov er ganske vist stadig tydelige, men bl.a. med parlamentarismens indførelse i 1901 og indførelsen af den almindelige valgret og valgbarhed for såvel kvinder som mænd er forfatningen nu demokratisk. Denne udvikling har haft indvirkning på legitimitetskravet og dermed også på, hvorledes legalitetskravet opfattes.

4. Forvaltningsret, hjemmelsspørgsmål, 1980, s. 13. Udhevnningen er *Bent Christensens*. Værket forkortes i det følgende *Bent Christensen* 1980.  
5. Jf. *Graff Nielsen* 2003, s. 207-8.

6. Etymologien bag udtrykkene legalitetsprincippet og legalitetskrav, der bygger på ordet legal, understreger tilknytningen til loven, idet legal stammer fra det latinske *legalis*, som kommer af ordet *lex*, dvs. lov.  
7. Jf. herom *Henrik Zahle* i *Dansk forfatningsret 1, Institutioner og regulering*, 3. udgave, 2001, s. 32 ff. I det følgende forkortes værket *Zahle* 2001.

I den ældre forfatningsretlige teori omtales legalitetsprincippet ikke i de nuværende termer. Diskussionen om princippet indgår i stedet i bestræbelserne på at fastlægge indholdet af det såkaldte materielle lovbegreb, herunder indholdet af friheds- og ejendoms-kriteriet, der omtales nedenfor under 2.1. Teorien om forvaltningens selvstændige anordningsmyndighed indeholder også bidrag til en afklaring af legalitetsprincippet's fundament.<sup>8</sup> Sidstnævnte emne diskuteres stadig i retsteorien og inddrages under redegørelsen for legalitetsprincippet's udspring i afsnit 2.2. Det materielle lovbegreb vedrører kerneproblematikken i hjemmelsspørgsmålet og gennemgås straks nedenfor.

### 2.1. Det materielle lovbegreb

#### – friheds og ejendoms-kriteriet

Oprikelig blev det materielle lovbegreb opfattet som et krav om lovhjemmel for enhver retsakt, der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom.<sup>9</sup> Denne indholdsmæssige afgrænsning af lovgivningskompetencen hvilede på en fortolkning af grundlovens § 3. Hvis det traditionelle materielle lovbegreb lægges til grund, har det stor betydning for opfattelsen af legalitetsprincippet, idet lovhjemmel da allerede kan være påkrævet på grund af indgrebets karakter. Det materielle lovbegreb indeholder dog flere svagheder. Først og fremmest volder afgrænsningen af, hvornår der er tale om »indgreb i borgernes frihed og ejendom« problemer. Som indgreb, der ikke er omfattet af friheds- og ejendoms-kriteriet, nævnes f.eks. interne foranstaltninger og tjenestebe-

falinger i forvaltningen samt anstaltsmyndighed og det offentliges »private« autonomi til at indgå aftaler samt til at disponere i kraft af ejerbeføjelse over eksempelvis fast ejendom uden lovhjemmel. Denne kategorisering af indgrebene eliminerer imidlertid ikke den usikkerhed, der er forbundet med det materielle lovbegreb. Desuden bærer den kimen til diskussionen om forvaltningens selvstændige anordningsmyndighed, der omtales nedenfor under 2.2.

*Alf Ross* udgav i 1959 en række afhandlinger om statsretlige emner, hvis behandling i forordet bl.a. begrundes således:<sup>10</sup>

»Grundlovsfædrene havde uden dybere refleksioner overtaget Montesquieu's velkendte magtfordelingslære, og grundlovens bestemmelser om den lovgivende, dømmende og udøvende magt blev senere fortolket under påvirkning af tysk statsretslære der havde sin rod i stænderforfatningernes halvabsolutistiske ideologi. På denne måde fæstnede der sig begreber og fortolkninger der hverken historisk, systematisk eller ideologisk harmonerede med danske forfatningsprincipper og den demokratiske ideologi, der bærer dem.«

Denne indledning er et rammende udtryk for den kritik, som *Alf Ross* i afhandlingen om friheds- og ejendoms-kriteriet rettede mod det materielle lovbegreb.<sup>11</sup> Kernen i kritikken er, at det materielle lovbegreb samt friheds- og ejendoms-kriteriet ideologisk og historisk er baseret på de tysk inspirerede konstitutionelt-monarkiske stænderforfatninger, dvs. den typiske mellemform mellem enevælde og moderne demokrati, det opstod i det 19. århundredes første halvdel. Denne mellemform er karakteriseret ved et samvirke af to politiske magtfaktorer, nemlig den demokratiske (folkerepræsentationen) og den monarkiske, der kommer til udtryk ved regeringens politiske uafhængighed af folkerepræsentationen. Dermed stemmer den ideologi, der ligger bag friheds- og ejendoms-kriteriet, ikke overens med den demokratiske grundtanke, hvorefter ikke kun retsakt-

8. Se *Bent Christensen* 1980, s. 35 ff. samt *Graff Nielsen* 2003, s. 70 ff., hvor den ældre forfatningsretlige litteratur omtales.

9. Jf. *H. Matzen* i *Den danske Statsforfatningsret*, tredje Del, 1909, s. 3 ff., *Knud Berlin* i *Den danske Statsforfatningsret*, anden Del, 2. udgave, 1939, s. 7 ff., *Poul Andersen* i *Dansk Statsforfatningsret*, 1954, s. 305 ff. (forkortes *Poul Andersen* 1954 i det følgende), samt *Max Sørensen* i *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved *Peter Germer*, 1977, s. 197-98 (forkortes herefter *Max Sørensen* 1977).

10. *Statsretlige Studier*, 1959, s. 5.

11. *Ibidem*, s. 71-125.

ter, der vedrører borgernes frihed og ejendom, kræver demokratisk legitimitet.

Selvom det materielle lovbegreb stadig sætter sine spor i diskussionen om legalitetsprincippet i dag, må den traditionelle fortolkning af grundlovens § 3, der indebærer anerkendelse af friheds- og ejendomsriteriet, anses som forkastet i dansk ret.<sup>12</sup> Såvel *Poul Andersens*, *Max Sørensen* og *Peter Germers* opfattelse af legalitetsprincippet ligger dog terminologisk relativt tæt op ad det materielle lovbegreb.<sup>13</sup>

I retsteorien findes tillige en indgående debat om, hvorvidt lovgivningskompetencen er begrænset til udstedelse af generelle retsakter. Der skal ikke i denne forbindelse gås i dybden med en gengivelse af denne debat, idet der efterhånden er enighed om, at lovgivningskompetencen ikke i medfør af grundlovens § 3 er begrænset til udstedelse af generelle retsakter.<sup>14</sup>

Selvom diskussionen i moderne forfatningsretlig retsteori langt fra er så intens som tidligere for så vidt angår det materielle lovbegreb samt indskrænkningen af lovgivningskompetencen til udstedelse af generelle retsakter, bærer den nuværende opfattelse af legalitetsprincippet – som det vil fremgå nedenfor – stadig præg af disse emner. Legalitetskravet kan ganske vist ikke længere begrundes med, at der er tale om indgreb i borgernes frihed og ejendom, men det materielle element i hjemmelsbedømmelsen ek-

sisterer stadig: Indgrebets intensitet har betydning for hjemmelskravet.<sup>15</sup> Derfor er det stadig essentielt at have legalitetsprincippet udspring for øje ved en nærmere afklaring af princippet indhold og betydning i dag.

## 2.2. *Selvstændig anordningsmyndighed*

I forhold til legalitetsprincippet er forvaltningens kompetence til at udstede anordninger uden hjemmel i lov interessant, idet hjemmelskravet i dette tilfælde afviger fra udgangspunktet om lovhjemmel. Emnet er da også flittigt debatteret igennem tiderne, og der er endnu ikke opnået enighed om, hvorvidt regeringen på baggrund af en fortolkning af grundlovens § 3, 2. pkt., har en selvstændig kompetence til at udstede anordninger uden bemyndigelse fra lovgiver.

Fortalerne for en selvstændig anordningsmyndighed anfører, at anordningsmyndigheden begrænses af lov og grundlov (den formelle lovs princip).<sup>16</sup> Forhold, som allerede er reguleret ved lov eller udtrykkeligt forbeholdt lovgiver i grundloven, ligger således uden for regeringens anordningsmyndighed. Desuden må anordningerne ikke gøre indgreb i borgernes retsstilling, dvs. at teorien her falder tilbage på det materielle lovbegreb. Som et eksempel på retsfor skrifter, der kunne være omfattet af denne afgrænsning, kan nævnes interne statslige forskrifter. Teorien om den selvstændige anordningsmyndighed lider imidlertid af de samme svagheder som det materielle lovbegreb nemlig uklarhed om, hvornår der er tale om indgreb i borgernes retsstilling.

*Henrik Zahle* og *Alf Ross* benægter derimod, at regeringen har en selvstændig anordnings-

12. Jf. *Zahle* 2001, s. 251, *Jørgen Steen Sørensen* om grundlovens § 3 i Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, redigeret af *Henrik Zahle*, 1999, s. 39, *Alf Ross* i Statsforfatningsretten I, 3 udgave ved *Ole Espersen*, 1980, s. 233 ff. (herefter *Ross* 1980), *Henrik Vædele Elmquist* i Singulær lovgivning, 2002, s. 108 ff. samt *Graff Nielsen* 2003, s. 72-75.

13. Se *Peter Germer* i Statsforfatningsret, 3. udgave, 2001, s. 77-78 (herefter *Germer* 2001), *Max Sørensen* 1977, s. 202 f. og 209 ff. samt *Poul Andersen* 1954, s. 305 ff. og 536 ff.

14. Jf. *Zahle* 2001, s. 251, *Germer* 2001, s. 2 samt s. 72-73, *Ross* 1980, s. 221-222, *Max Sørensen* 1977, s. 168 og 201, *Poul Andersen* 1954, s. 306-307 samt *Henrik Vædele Elmquist* i Singulær lovgivning, 2002, s. 237-238.

15. Se *Graff Nielsen* 2003, s. 285-286.

16. Jf. *Germer* 2001, s. 11-12, 78-79 og 92 ff., *Max Sørensen* 1977, s. 211 ff., *Knud Berlin* i Den danske Statsforfatningsret, anden Del, 2. udgave, 1939, s. 197 ff. og *H. Matzen* i Den danske Statsforfatningsret, tredje Del, 4. udgave, 1909, s. 122 ff. Mere tvivlsom er *Poul Andersen* 1954, s. 536 ff.

myndighed.<sup>17</sup> Hos *Ross* er det en naturlig følge af at forkaste det materielle lovbegreb, mens *Zahle* anfører, at bekendtgørelser i praksis udstedes med henvisning til lov endda i de fleste tilfælde med en udtrykkelig lovhenvi­sing. Dermed er en fastholdelse af den forfatningsretlige tradition om regeringens selvstændige anordningsmyndighed ifølge *Zahle* udtryk for overdreven søgen efter hjemmelsdækning. Dvs. at et ikke eksisterende behov for hjemmel dækkes af en unødvendig bred hjemmelstradition.<sup>18</sup>

Uanset hvilken tilgang man har til dette spørgsmål, er det altovervejende hjemmelsgrundlag ved udstedelse af anordninger, der har virkning for borgerne, lovhjemmel. Ikke desto mindre findes der i teorien en del bestræbelser på at redegøre for andre selvstændige hjemmelsgrundlag end lov. I forfatningsretten nævnes således de såkaldte anstaltsordninger som et eksempel herpå.<sup>19</sup> Bemyndigelsen til at udstede administrative forskrifter med virkning for borgerne fremgår i dette tilfælde implicit af hjemmelen for oprettelse af den pågældende institution. Det kan imidlertid være vanskeligt at sætte en grænse for, hvor vidt bemyndigelsen rækker. *Peter Germer* anfører, at anstaltsanordninger ikke må være mere indgribende, end anstaltsformålet tilsiger. Indgrebet over for institutionens brugere skal altså være proportionalt med institutionens formål.

Endvidere omtales administrative forskrifter, der udstedes med hjemmel i et over- og underordningsforhold, hvor udsteder har tilsyn- og kontrolbeføjelse over for retsfor­skriftens adressat. Grænsen mellem denne type administrative forskrifter uden hjemmel i lov og for-

valtningens selvstændige anordningsmyndighed, der er omtalt ovenfor, er flydende.

Som et sidste eksempel på udstedelse af administrative forskrifter uden lovhjemmel kan nævnes det offentlige »private« autonomi. Offentlige institutioner kan efter denne tankegang udstede administrative forskrifter med udgangspunkt i den myndighed, der f.eks. har tilknytning til ejerskabet af bygninger og arealer.

### 2.3. Opsamling – udgangspunktet

#### *ifølge den traditionelle hjemmelsopfattelse*

Det er kendetegnende for den traditionelle hjemmelsopfattelse, der ligger til grund for legalitetsprincippet, at den ubetinget tager sit udgangspunkt i lovhjemmel. Såvel det materielle lov­begreb som diskussionen om forvaltningens selvstændige anordningsmyndighed og alternative hjemmelsgrundlag hviler på loven som det centrale hjemmelsgrundlag. Hvis udøvelse af offentlig myndighed udgør indgreb mod borgerne, er lovhjemmel nødvendig. Da næsten enhver form for myndighedsudøvelse i det mindste indirekte berører borgerne, er konsekvensen heraf et krav om lovhjemmel, idet undtagelserne til lovhjemmel fremtræder som fåtallige og nærmest kuriøse

I forhold til den nuværende opfattelse af legalitetsprincippet har udgangspunktet tilsyneladende ændret sig. Der fokuseres nu i højere grad på en række situationer, hvor lovhjemmel må anses som nødvendig. Heraf følger, at lovhjemmel ikke nødvendigvis er udgangspunktet, idet andre hjemmelsgrundlag end lov meget vel kan udgøre selvstændig hjemmel. Hjemmelsopfattelsen har således til en vis grad vendt sig, hvilket fremgår af gennemgangen i afsnit 3 af legalitetsprincippets betydning og indhold i dag.

### 3. Legalitetsprincippets nuværende betydning og indhold i dansk ret

I det følgende vendes blikket mod opfattelsen af legalitetsprincippet i dansk ret i dag. Først og fremmest redegøres der for definitionen af legali-

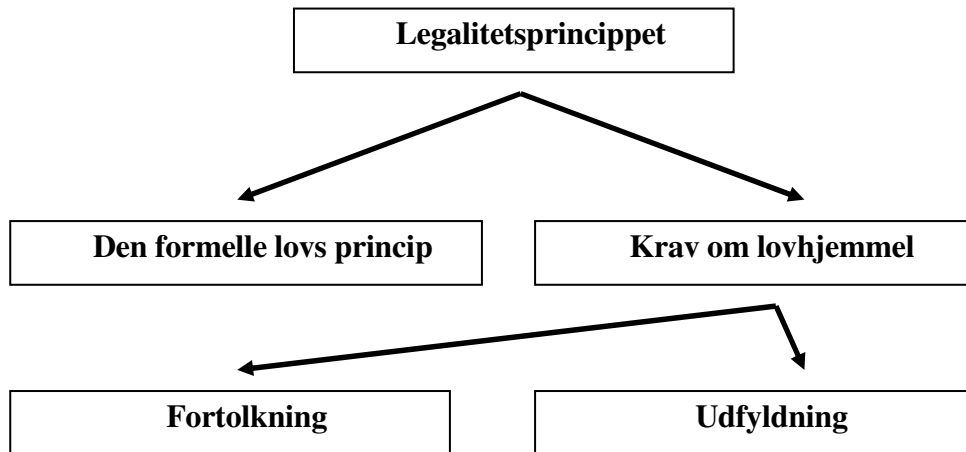
17. Se *Zahle* 2001, s. 357 ff. og *Ross* 1980, s. 421-22.

18. Jeg tilslutter mig dette synspunkt, jf. *Graff Nielsen* 2003, s. 82.

19. Jf. *Zahle* 2001, s. 362-363, hvor hjemmelsgrundlaget betegnes som institutionsregulering, *Germer* 2001, s. 90-91, *Max Sørensen* 1977, s. 214, *Poul Andersen* 1954, s. 542 ff. samt *Bent Christensen* i *Legalitetsprincippet*, TFR 1987, s. 189.

tetsprincippet samt for, hvilken betydning princippet tilkendes. Der tages udgangspunkt i en figur, som illustrerer de enkelte elementer i hjemmelsopfattelsen. Figuren indebærer af pædagogiske hensyn en forenklet fremstilling af legalitets-

princippet, der i sin kerne er meget nuanceret. Selvom udviklingen i hjemmelsopfattelsen måske er ved at løbe fra denne forenkede illustration, kan den stadig tjene som fundament for en nærmere afklaring af legalitetsprincippet dansk ret.



Figur 1.

Som det fremgår af figur 1, anses den formelle lovs princip for at udgøre et aspekt af legalitetsprincippet i dansk ret, hvilket står i modsætning til f.eks. norsk ret. I afsnit 3.1. redegøres der nærmere for dette aspekt af legalitetsprincippet. Det andet aspekt af princippet består af et positivt krav om lovhjemmel, jf. nedenfor under 3.2. I modsætning til den formelle lovs princip er det langt vanskeligere at redegøre fyldestgørende for dette aspekt, idet teorien herom – forståeligt nok – er fragmentarisk. I forhold til den traditionelle hjemmelsopfattelse med udgangspunkt i det materielle lovbegreb er der som nævnt tydeligvis sket en udvikling. Men opfattelsen af legalitetsprincippet i dag er stadig til dels funderet på de teoretiske byggesten, som det materiel-

le lovbegreb består af.<sup>20</sup> Legalitetsprincippet indeholder imidlertid flere nuancer end før. Det positive krav om lovhjemmel består således tillige af spørgsmålet om henholdsvis fortolkning og udfyldning af retsgrundlaget. Udfyldning inddrages, idet en fyldestgørende redegørelse for legalitetsprincippet inkluderer reglerne om udøvelsen af det forvaltningsretlige skøn. Grænsen mellem fortolkning og udfyldning er flydende.

### 3.1. Den formelle lovs princip

Første aspekt af legalitetsprincippet indebærer, at ændring eller ophævelse af en ved lov indført

20. Jf. *Graff Nielsen* 2003, s. 285-286, for så vidt angår legalitetskravet ved beskatning.

retstilstand kun kan ske ved ny lov.<sup>21</sup> Hjemmelsvirkningen er en følge af den lovs kraft, som de af Folketinget vedtagne beslutninger forlenes med, såfremt de er fremsat, behandlet, vedtaget, stadfæstet og offentliggjort i overensstemmelse med grundlovens procedurebestemmelser herom. Ved denne særlige grundlovsfæstede fremgangsmåde opnår loven som retsgrundlag demokratisk legitimitet. Kunne forvaltningen blot efterfølgende ændre en ved lov indført retstilstand ved f.eks. at udstede en bekendtgørelse, ville lovgivningsmagten, der er udtryk for et demokratisk mandat, ikke være bindende for forvaltningen.

Den formelle lovs princip kan anses for at være forudsætningen for lex superior-princippet, idet grundloven forudsætter et retligt hierarki. Som følge af lex superior-princippet har loven i tilfælde af normkonflikt forrang for bekendtgørelse, cirkulære, retspraksis, administrativ praksis, sædvane<sup>22</sup> og forholdets natur. Men lex superior-princippet fortæller dog intet om, hvilken betydning loven har som hjemmelsgrundlag for en konkret forvaltningsakt. Såfremt delegation er mulig, findes den detaljerede beskrivelse af retsfaktum og retsfølge ofte i bekendtgørelsesform eller i cirkulærer eller vejledninger med henvisning til fast praksis. Lovens ordlyd må desuden ofte fortolkes på baggrund af fortolkningsbidrag i bl.a. forarbejder, og i visse tilfælde er det endda nødvendigt at udfylde lovens ordlyd med en række kriterier, for at finde ud af, om en påtænkt forvaltningsakt kan hjemles eller ej. Retskildernes ligeværd må derfor fremhæves, og står principielt heller ikke i modsætning til anerkendelsen af den formelle lovs princip eller lex superior-princippet. Dette skyldes, at hjemmels-

virkningen af disse principper kun indtræder i tilfælde af klare normkonflikter. Fortolkning kan således meget vel resultere i, at en potentiel normkonflikt mellem forskellige retskilder undgås.

Legalitetsprincippet i bred forstand indeholder på trods af disse forbehold retningslinjer for, hvilke retlige normer der skal være udtryk for gældende ret i tilfælde af en normkonflikt.

### 3.2. *Kravet om lovhjemmel*

#### *– fortolkning og udfyldning*

Hjemmelsopfattelsen er som nævnt til en vis grad løbet fra den illustration af legalitetsprincippet, som fremgår af figur 1. Blandt andet kan man diskutere, om det andet aspekt af princippet burde benævnes kravet om lovhjemmel. Det er formentlig mere retvisende blot at benytte betegnelsen hjemmelskravet eller i det mindste sætte »lov« i parentes. Loven anses som udgangspunkt ikke længere som det eneste selvstændige hjemmelsgrundlag, idet lov dog altid kan udgøre den nødvendige hjemmel og stadig anerkendes som det foretrukne hjemmelsgrundlag.<sup>23</sup> Udviklingen bekræftes af, at forfatningsretlige fremstillinger fremhæver en række situationer, hvor lovhjemmel må anses som nødvendig. Alt andet lige antydes herved, at andre hjemmelsgrundlag end lov i visse tilfælde må anerkendes som selvstændige retsgrundlag. Som eksempler på tilfælde, hvor lovhjemmel er nødvendig, nævnes i teorien bebyrdende indgreb,

21. Jf. Zahle 2001, s. 253, Germer 2001, s. 77, Max Sørensen 1977, s. 202, Poul Andersen 1954, s. 310 og Graff Nielsen 2003, s. 76-79 og 286-87. Derogation er dog mulig.  
22. Medmindre der er tale om en sædvane på lov- eller grundlovsniveau.

23. Jf. Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg og Jens Olsen i Forvaltningsret, 2. udgave, 2002, s. 291 og s. 302 (herefter Gammeltoft-Hansen m.fl. 2002), Bent Christensen i Forvaltningsret, 2. udgave, 1997 s. 104 samt i artiklen Legalitetsprincippet, TfR 1987, s. 179, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen, Jørgen Mathiasen og Karsten Revsbech i Forvaltningsret Almindelige Emner, 3. udgave, 1997, s. 148 ff., Jon Andersen i Forvaltningsret, 5. udgave, 2003, s. 84, og Steen Rønsholdt i Forvaltningsret Retssikkerhed Proces Sagsbehandling, 2001, s. 31.

såsom frihedsberøvelse, jf. grundlovens § 71, stk. 2, ransgning uden dom, jf. grundlovens § 72, og ekspropriation, jf. grundlovens § 73, stk. 1, samt afgørelser med ikke ubetydelige økonomiske konsekvenser.<sup>24</sup> Intensiteten af et indgreb over for private retssubjekter har dermed stor betydning for hjemmelskravet, idet intensive indgreb kræver klar lovhjemmel. Samtidig kan der inden for forskellige retsområder forekomme variationer i hjemmelskravet. I norsk ret kaldes denne hjemmelsvirkning legalitetsprincippet relative karakter.

Et forbud mod delegation af lovgivningskompetencen har ligeledes som konsekvens, at kravet om lovhjemmel forstærkes, idet materiel regulering ved f.eks. bekendtgørelse i så fald er udelukket. Grundlovens § 43, 1. led, kan nævnes som et eksempel herpå og er dermed medvirkende til at skærpe legalitetskravet ved beskatning.<sup>25</sup> På trods af de nuancer, der måtte være forbundet med delegationsforbuddets rækkevidde, er kompetencen ved forbuddet forbeholdt lovgiver.

I forvaltningsretten tages spørgsmålet om skærpede og lempede hjemmelskrav op i forlængelse af de tilfælde, som i forfatningsretten antages at kræve udtrykkelig lovhjemmel. På linie med forfatningsretten nævnes indgreb i den personlige frihed, indgreb i borgernes ret til privatliv, straffepålæg, pålæg af økonomiske byrder og indgreb med tilbagevirkende kraft som eksempler. Skærpelsen af hjemmelskravet er dog ikke nødvendigvis ensbetydende med et krav om klar lovhjemmel, idet virkningen af et skærpet hjemmelskrav kan variere fra udelukkelse af forholdets natur som retskilde til et egentligt krav om udtrykkelig og klar lovhjemmel.

I praksis anerkendes det i en række andre situationer, at hjemmelskravet lempes, således at

subsidiære retskilder anses som tilstrækkelige og selvstændige hjemmelsgrundlag.<sup>26</sup> Hvis f.eks. en afgørelse kun har indirekte virkning på borgernes retsstilling, opstilles der ikke et krav om lovhjemmel. Tilsvarende gælder, såfremt der f.eks. er tale om et efter forholdene beskedent gebyr, der opkræves i forbindelse med det offentlige levering af serviceydelser til borgerne.<sup>27</sup> Desuden bringes den såkaldte anstaltsmyndighed atter på bane, hvorefter offentlige institutioner, såsom plejehjem, sygehuse, skoler m.v. uden lovhjemmel kan udstede generelle forskrifter, der regulerer forholdet mellem anstalten og dens brugere. Hjemmelen findes i stedet implicit i beslutningen om oprettelse af den pågældende anstalt. Anstaltsformålet sætter dog en grænse for, hvilke forskrifter der kan fastsættes. Endelig kan samtykke fra borgeren i visse tilfælde medføre, at lovhjemmel ikke er nødvendig.

Sondringen mellem de skærpede og lempede hjemmelskrav bærer i høj grad præg af legalitetsprincippet udspring i det materielle lovbegreb. Legalitetskravet har også ud fra den nuværende opfattelse af legalitetsprincippet nær tilknytning til indgrebets karakter og intensitet.

### Fortolkning

Det andet aspekt af legalitetsprincippet, der betegnes kravet om lovhjemmel, drejer sig i høj grad om fortolkning af loven som retsgrundlag. Rettere sagt er det meningsindholdet og rækkevidden af lovens ordlyd, som søges klarlagt ved at fortolke denne ofte under inddragelse af fortolkningsbidrag i andre retskilder. Lovens ordlyd er således udgangspunktet, men hersker der usikkerhed om meningsindholdet af ordlyden, hentes ved retsanvendelsen støtte i de tilkendegivelser, der findes i forarbejder, formåls- og

26. Se *Gammeltoft-Hansen m.fl.* 2002, s. 307-11.

27. Se nærmere om den vanskelige sondring mellem skatter og fiskale afgifter på den ene side og gebyrer samt formålsbestemte afgifter på den anden i *Graff Nielsen* 2003, s. 114-33.

24. Se *Zahle* 2001, s. 25 ff.

25. Jf. *Graff Nielsen* 2003, s. 89-205, hvor delegationsforbuddet analyseres indgående.

konsekvensbetragtninger, praksis samt forholdets natur. Det er nødvendigt, at fortolke en retsregel, hvis reglens beskrivelse af retsfaktum og/eller retsfølge indebærer tvivl om retsreglens anvendelsesområde og/eller retsvirkning, men beskrivelsen dog er tilstrækkelig klar til, at en afgørelse kan træffes på grundlag af dens ordlyd. Lovens ordlyd står sjældent alene som hjemmelsgrundlag, idet det samlede hjemmelsbillede udgøres af såvel lov som fortolkningsbidrag i de såkaldte subsidiære retskilder.

I fortolkningslæren bruges der en del energi på at beskrive en række forskellige fortolkningsvariationer såsom subjektiv og objektiv fortolkning samt præciserende, indskrænkende og udvidende fortolkning. Variationerne betegner en bestemt indfaldsvinkel til fortolkningsprocessen. Ved en subjektiv fortolkningsstilgang lægges vægten på, hvad lovgivers mening med loven må antages at være. Dermed tilkendes lovens forarbejder stor betydning som fortolkningsbidrag. I modsætning hertil lægges vægten ved objektiv fortolkning på lovens ordlyd, således at afklaringen af lovens meningsindhold frigøres fra lovgivers intentioner. I dette tilfælde er den betydning, som lovens adressater i almindelighed må forventes at forbinde med den sproglige tilkendegivelse i loven, afgørende.<sup>28</sup> Indskrænkende fortolkning er kendetegnet ved, at lovreglens anvendelse begrænses til en del af de tilfælde, som er omfattet af lovens ordlyd, mens udvidende fortolkning medfører, at reglen finder anvendelse på tilfælde, der strækker sig udover en naturlig forståelse af lovens ordlyd. Uden for – eller i hvert fald i udkanten af – fortolkningslæren findes endelig muligheden for analog retsanvendelse. En analogi er udtryk for, at

faktum ligger klart uden for bestemmelsens ordlyd, men til gengæld taler samme grunde og reelle hensyn for, at bestemmelsens retsvirkning finder anvendelse i det pågældende tilfælde.

Fortolkningsvariationerne er udtryk for en hjemmelsvurdering og har dermed betydning for legalitetsprincippet. Anerkendelsen af analogier og udvidende fortolkning er ensbetydende med, at et krav om udtrykkelig hjemmel i en lovbestemmelses ordlyd ikke kan opstilles som en generel forudsætning ved retsanvendelsen. I tilfælde af indskrænkende og præciserende fortolkning begrænses eller specificeres den af lovgiver affattede ordlyd, hvorfor bindingen til lovgivers formulering af retsreglen til en vis grad brydes. Bedømmes fortolkningsvariationerne samlet, er de med til at danne et indtryk af de mange nuancer og dynamikken i legalitetsprincippet.

I forvaltningsretten findes desuden bestræbelser på at undersøge, om forskellige typer bebyrdende eller begunstigende indgreb altid er forbundet med anvendelsen af en bestemt fortolkningsvariation. F.eks. kan man spørge, om et skærpet hjemmelskrav ved beskatning er ensbetydende med generelt krav om indskrænkende fortolkning af bebyrdende retsregler i skatte- og afgiftslovgivningen og udvidende fortolkning af begunstigende retsregler i samme lovgivning. Dette spørgsmål må besvares benægtende.<sup>29</sup> Retsanvenderen inden for skatteretten er ikke begrænset til en bestemt kreds af fortolkningsvariationer, selv om det skærpede hjemmelskrav alt andet lige medfører en tættere binding til lovens ordlyd.

Denne konklusion ligger på linje med udgangspunktet om fortolkningens generelle ubundethed af enkelte fortolkningsprincipper på bestemte retsområder.<sup>30</sup> Indgrebets karakter udgør

28. Som anført af *Morten Wegener* i *Juridisk metode*, 3. udgave, 2000, s. 287, er denne fortolkningsstilgang dermed paradoksalt nok mere subjektiv end den såkaldte subjektive fortolkningsstilgang. Det skyldes, at retsanvenderen ikke på samme måde er bundet af f.eks. tilkendegivelser i lovens forarbejder som tilfældet ved subjektiv fortolkning og dermed er friere stillet.

29. Jf. *Graff Nielsen* 2003, s. 266-269 og s. 327-333, *Jan Pedersen* i *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 299 ff. og *Erik Olsen* i *Skatteorientering* Ø.1., s. 20.

30. Således *Gammeltoft-Hansen m.fl.* 2002, s. 314-319 og *Bent Christensen* i *Forvaltningsret*, 2. udgave, 1997, s. 220 ff.

imidlertid i sig selv en fortolkningsfaktor. Et meget intensivt indgreb kræver i højere grad end et meget lempeligt indgreb demokratisk legitimitet i form af lovhjæmmel.

### Udfyldning

I visse tilfælde er retsreglens beskrivelse af retsfaktum og/eller retsfølge så upræcis, at det er nødvendigt at udfylde beskrivelsen med de kriterier, som kræves for at kunne træffe en retsafgørelse. Beskrivelsen kan også være helt tom, således at det overlades forvaltningen at foretage et skøn over de kriterier, der skal tillægges betydning, og afveje disse kriterier over for hinanden. Denne proces hører til læren om det forvaltningsretlige skøn. Det udfyldende skøn er imidlertid aldrig ubundet, og skønsprocessen minder da også en del om fortolkningsprocessen.<sup>31</sup>

Ved udfyldning er første skridt at fastlægge den kreds af kriterier, der lovligt kan benyttes til at supplere den uklare eller manglende beskrivelse i loven. Disse kriterier kan selvfølgelig findes med udgangspunkt i lovtæksten eller lovens forarbejder, men kan desuden udledes af formålsbetragtninger – herunder specialitetsprincipperne – lighedsprincipper og menneskerettigheder.

Når først kredsen af lovlige kriterier, der kan bruges til at udfylde retsreglen, er fundet, skal de pågældende kriterier udskilles og vægtes over for hinanden. I denne del af skønsprocessen er det normalt op til forvaltningen at afgøre, hvilke kriterier der skal inddrages, og hvorledes disse skal vægtes. Loven kan dog indeholde bindende tilkendegivelser herom. Tilsvarende kan grund sætningen om skøn under regel begrænse anvendelsen af kriterier, hvilket tillige gælder lighedsbetragtninger.

31. Jf. *Michael Gøtze* i *Magtfordrejning*, 1999, s. 83 samt *Gammeltoft-Hansen m.fl.* 2002, s. 324.

### 3.3. Sammenfatning:

#### *Legalitetsprincippet i dag*

I forhold til den traditionelle opfattelse af legalitetsprincippet er det evident, at hjemmelsopfattelsen i dag er langt mere nuanceret og dybtgående end før. Den fyldige lære om forvaltningens skøn indeholder i sig selv talrige bidrag til afklaring af legalitetskravet, som ikke alle inddrages i denne forbindelse. På enkelte retsområder såsom inden for skatteretten er det ved en analyse af legalitetskravet væsentligt at inddrage den betydning, som udfyldning eller supplerung har.<sup>32</sup> Udelades dette spørgsmål, er analysen af hjemmelskravet ikke komplet.

Den grundlæggende årsag til, at legalitetsprincippet er så vanskeligt at beskrive rammende på en enkel og pædagogisk måde, findes i princippetets nære tilknytning til retskilde- og fortolkningslæren. Derfor har en almindelig fremstilling af princippet i dag først og fremmest til formål at beskrive hjemmelskravets generelle rammer, hvorefter det må overlades til retsanvenderen at konsultere f.eks. den almene retslære eller forvaltningsretten for så vidt angår de specielle aspekter af legalitetskravet.

En klar svaghed ved den nuværende opfattelse af legalitetsprincippet er manglende inddragelse af den hjemmelsvirkning, som internationale retskilder har. Det kan naturligvis anføres, at f.eks. EU-rettens påvirkning af hjemmelsspørgsmål fremgår indirekte af legalitetsprincippet. Under den formelle lovs princip kan f.eks. inkluderes internationalt vedtagne regler med direkte virkning for borgerne, således at forvaltningens dispositioner ikke må stride mod disse.<sup>33</sup> I forlængelse heraf kan hjemmelsvirkning af de EU-retlige og folkeretlige retskilder og fortolkningen heraf inddrages under det positive lovhjemmelskrav, hvilket ligger på linje med flere fremstillinger af retskilde- og fortolknings-

32. Jf. *Graff Nielsen* 2003, s. 269-77.

33. Således *Gammeltoft-Hansen m.fl.* 2002, s. 311.

læren.<sup>34</sup> Disse berettigede tiltag fjerner imidlertid ikke det altovervejende indtryk af legalitetsprincippetets nationale karakter. I afsnit 5 tages denne problematik op til nærmere overvejelse.

#### 4. Legalitetsprincippetets retlige baggrund

Mens det er relativt enkelt at finde retsteori om de allerede beskrevne aspekter af legalitetsprincippet, står spørgsmålet om princippetets retlige baggrund så godt som ubesvaret hen.<sup>35</sup> Ovenfor i indledningen rejstes spørgsmålet, om legalitetsprincippet skal anses som et selvstændigt retsprincip, eller om princippet i stedet må anses som en samlebetegnelse for en række hjemmelsvirkninger, der bl.a. forudsættes i grundloven. En del af svaret på dette vanskelige spørgsmål findes ovenfor i afsnit 2 om legalitetsprincippetets udspring. Princippet må nemlig anses som en udløber af et kompetencefordelingssynspunkt, der tager sit udgangspunkt i retsstatstanken og magtfordelingslæren. Junigrundloven blev baseret på disse principper, men den klassiske magtfordelingslære kan efter parlamentarismens indførelse ikke længere alene begrunde legalitetsprincippet. På trods heraf er det stadig et grundlæggende aspekt i princippet, at regulering af borgernes forhold kræver demokratisk legitimitet i form af lov-hjemmel. På tilsvarende vis kan den formelle lovs princip begrundes i hvert fald på nationalt plan. Magtfordelingen fremgår af grundlovens § 3, men som anført ovenfor i afsnit 2.1. kan denne bestemmelse i sig selv ikke anses som retsgrundlaget for legalitetsprincippet. Af sammenhængen mellem grundlovens §§ 3, 12, 21, 22, 41, 42, 43, 44, 46, 66 samt grundlovens bestemmelser om menneskerettigheder fremgår direkte og indirekte

en lang række normer for statens myndighedsudøvelse, der udgør en del af retsgrundlaget for legalitetsprincippet. Bestemmelserne vedrører kompetencefordelingen mellem statsorganerne, lovtillblivelsesprocessen samt en række situationer, hvor behovet for lovgivers kompetence understreges f.eks. i form af et delegationsforbud. Kerneområdet for Folketingets myndighedsudøvelse er loven, og forvaltningen skal respektere samt efterleve denne. Lovgiver selv og forvaltningen er bundet af de konstitutionelle normer i grundloven om bl.a. menneskerettighederne ved udarbejdelse og efterlevelse af love. Dermed findes rammerne for legalitetsprincippetets retlige baggrund i en række konstitutionelle normer samt den praksis og de sædvaner, der knytter sig til disse normer. Legalitetsprincippet er i nationalt perspektiv et konstitutionelt retsprincip, men de konstitutionelle normer står ikke alene. De suppleres af en række sædvaner og traditioner, der har tilknytning til retskilde- og fortolkningslæren samt læren om det forvaltningsretlige skøn. Internationale normer indgår desuden med stadig større hjemmelsvirkning i legalitetsprincippet, der således ikke længere må opfattes som nationalt. Da den internationale hjemmelspåvirkning har så stor betydning, som det er tilfældet i dag, er princippetets retlige baggrund i høj grad også at finde i internationalretlig retsdannelse.

Derfor er det mest retvisende at konkludere, at legalitetsprincippetets retlige baggrund udgøres såvel af en række konstitutionelle som internationale normer, der suppleres med en lang række sædvaner og retstraditioner. Legalitetsprincippet må anses som en samlebetegnelse for virkningen af og samspillet mellem disse normer.<sup>36</sup> Legali-

34. Jf. f.eks. *Morten Wegener* i *Juridisk metode*, 3. udgave, 2000, s. 287, *Peter Blume* i *Juridisk Metodelære*, 2. udgave, 2002, s. 121-37 og *Ruth Nielsen* i *Retskilderne*, 7. udgave, 2002, s. 41-76 (internationalretlige retskilder) samt s. 135 ff., hvor de internationale retskilder inddrages ved gennemgangen af fortolkningslæren.

35. Se dog *Bent Christensen* 1980, s. 239 ff.

36. I norsk ret anses legalitetsprincippetets retsgrundlag af de fleste retsteoretikere for at være konstitutionel sædvane-ret, jf. f.eks. *Johs. Andenæs* i *Statsforfatningen i Norge*, 8. udgave, 1998, s. 179, *Per Helset og Bjørn Stordrange* i *Norsk statsforfatningsret*, 1999, s. 124 og *Frede Castberg* i *Innledning til forvaltningsretten*, 3. udgave, 1955, s. 69.

tetsprincippet har således udviklet sig fra et nationalt og konstitutionelt funderet retsprincip til et demokratisk grundprincip med såvel nationale som internationale rødder. Princippet følger den konstante bevægelse i retskildebilledet og er derfor i sin natur dynamisk.

## 5. Konklusion

### – legalitetsprincippet i fremtiden

Et forsøg på at redegøre for et dynamisk og sammensat princip som legalitetsprincippet indebærer altid en risiko for at overforenkler og dermed overse nogle aspekter. Som led i bestræbelserne på at fremhæve de nuancer, der ligger i hjemmelopfattelsen, kan man vælge at beskue hjemmelstraditionen fra et helt andet perspektiv med inspiration fra norsk ret.<sup>37</sup>

Hvorfor i det hele taget arbejde med et udgangspunkt, der hedder hjemmel i lov? Helt generelt må der kræves hjemmel eller kompetence for at forpligte andre, såvel inden for privatretten som den offentlige ret. Legalitetsprincippet er efter denne opfattelse i stedet et helt generelt kompetencespørgsmål i alle dele af samfundet. For forvaltningen har denne tilgang stadig den betydning, at kompetence er nødvendig for at gribe ind over for borgerne. Men hjemmel i formel lov er kun nødvendig, såfremt der ikke allerede er hjemmel i et andet retsgrundlag, såsom f.eks. forvaltningens kompetence som kontrahent, aftalepartner eller i kraft af ejerrådighed over aktiver. I medfør af denne tilgang er loven et residuelt retsgrundlag, som forvaltningen må hente bemyndigelse i, hvis andre retsgrundlag ikke allerede kan hjemle indgrebet. Forholdet mellem forvaltning og borger

37. Jf. *Eivind Smith* i artiklen Legalitetsprincippet hjemmelkrav og subjekter, trykt i *TiR* 1978, s. 655 ff., *Torstein Eckhoff* og *Eivind Smith* i *Forvaltningsrett*, 6. udgave, 1999, s. 238 ff. samt *Nicolai V. Skjerdal* i *Kvalitative hjemmelkrav*, 1998, s. 53-55 og 59-61. Denne tilgang til legalitetsprincippet er omtalt i *Graff Nielsen* 2003, s. 247 ff., hvor den benævnes kompetence teorien.

er imidlertid kun et enkelt aspekt af hjemmelsproblemet, idet borgerne indbyrdes ligeledes skal have kompetence for at binde hinanden ved f.eks. aftaler. Kompetencen består i tilfælde af en fysisk person af borgerens habilitet og af, at der er indgået en gyldig aftale. De kompetencegrundlag, som i norsk ret opstilles over for hinanden, er:<sup>38</sup>

- Organisations- og instruktionsmyndighed.
- Anden sædvaneretlig kompetence.
- Grundlovens specielle kompetenceregler.
- Ejerrådighed og aftalekompetence (privat autonomi).
- Hjemmel i lov.

Det centrale ved denne tilgang til legalitetsprincippet er afgrænsningen af de enkelte kompetencegrundlag over for hinanden. Visse indgreb tager deres hjemmelsmæssige udgangspunkt i loven, mens andre indgreb og bestræbelser på at binde (andre) borgere eller juridiske personer tager udgangspunkt i f.eks. privat autonomi.

Denne opfattelse udgør et klart brud med den hjemmelstradition, som findes i dansk retsteori. Det forekommer da også vanskeligt at tilslutte sig opfattelsen af loven som residuelt retsgrundlag for forvaltningens myndighedsudøvelse, hvorfor denne hjemmelopfattelse ikke ukritisk kan lægges til grund. Men det kan være udbytte- rigt at frigøre sig fra eller dekonstruere de traditionsbestemte rammer også for så vidt angår legalitetsprincippet. Væsentligst er det måske at holde sig principets dynamiske karakter for øje. Selvom legalitetsprincippet stadig tager sit udgangspunkt i loven som retsgrundlag, skabes retten nu i så mange andre fora end Folketinget, at lovhjemmel langt fra altid indeholder svaret på et konkret hjemmelsspørgsmål. Det før så

38. Jf. *Torstein Eckhoff* og *Eivind Smith* i *Forvaltningsrett*, 6. udgave, 1999, s. 240 og *Graff Nielsen* 2003, s. 252.

sikre fundament i loven som hjemmelsgrundlag er måske ved at smuldre.

Ét er dog sikkert. Den internationalretlige hjemmelspåvirkning vil fortsætte med at få forøget betydning for hjemmelsopfattelsen i fremtiden. Med tiden bliver det internationale aspekt i hjemmelsopfattelsen måske dens væsentligste indhold. Hvis man vender tilbage til det traditionsbestemte udgangspunkt, der er illustreret ved figur 1 ovenfor, må det anses som nødvendigt at indarbejde hjemmelsvirkningen af såvel EU-retten som folkeretten. Det forudsætter en nærmere undersøgelse af bl.a. traktater, forordninger,

direktiver, folkeretlige sædvaner, præjudikater og folkeretlige retsgrundsætninger m.v., som ligger uden for rammerne af analysen af legalitetsprincippet i denne artikel. Undersøgelsen er et nødvendigt led i at sikre, at forholdet mellem EU-retten, folkeretten og national ret fuldt ud anerkendes som en del af legalitetsprincippet.

Således som legalitetsprincippet opfattes nu, er princippet imidlertid stadig i væsentligt omfang bundet til og begrundet i de nationale hjemmelsvirkninger.

# Rettigheder over værdipapirer. Individualisering og sikringsakt

Af professor, dr. jur. ULRIK RAMMESKOW BANG-PEDERSEN, Københavns Universitet

I artiklen søges det fastlagt, hvilke krav der efter dansk ret stilles til individualisering og sikringsakt ved stiftelse af ejendoms- og pantrettigheder over dematerialiserede og immobiliserede værdipapirer. Der argumenteres for en lempelse af kravene til rådighedsberøvelse ved pant i sådanne værdipapirer. Endvidere argumenteres der for, at der af hensyn til den danske finansielle sektors konkurrenceevne og for at modvirke fravalg af dansk ret ved pantsætning af værdipapirer bør gennemføres en lovgivning med klare og forudsigelige regler om kravene til individualisering og sikringsakt ved rettighedsstiftelse over værdipapirer.

## 1. Individualisering og sikringsakt.

### EU-regulering og international regulering

Såvel nationalt som internationalt er der stigende fokus på spørgsmålet om beskyttelse af rettigheder over værdipapirer over for tredjemand. EU vedtog i 2002 Collateral-direktivet.<sup>1</sup> Senere samme år færdiggjorde Haagerkonferencen en konvention om, hvilken lovgivning der finder anvendelse på tingsretlige spørgsmål vedrørende værdipapirer, som opbevares på en konto.<sup>2</sup>

1. Direktiv 2002/47/EC af 6. juni 2002 om finansiel sikkerhedsstillelse. Direktivet skal være implementeret senest 27. december 2003.
2. Haagerkonventionen om hvilken lov, der skal anvendes på visse rettigheder over værdipapirer, der opbevares af en mellemmand (»The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities

En grundlæggende betingelse for, at en rettighed nyder beskyttelse mod tredjemand, er, at genstanden for rettigheden er individualiseret. Ved individualisering forstås her, at det, når konflikten med tredjemand opstår (men ikke nødvendigvis ved rettighedens stiftelse), kan bestemmes, hvilke bestemte aktiver rettigheden angår.<sup>3</sup> Heri ligger implicit, at genstanden for rettigheden skal kunne identificeres blandt besidderens øvrige aktiver. Individualisering i den her anførte betydning er således ensbetydende med et krav om, at rettighedshaver kan føre identifikationsbevis.<sup>4</sup> Selv om der foreligger den fornødne individualisering, forudsætter beskyt-

Held With an Intermediary«). Konventionen forventes tiltrådt af EU og medlemsstaterne. For en gennemgang af de gældende danske lovvalgsregler vedrørende værdipapirer, som opbevares på en konto, se *U. Rammeskov Bang-Pedersen*, Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten, 2002 (herefter »*Rammeskov Bang-Pedersen*, Internationale aspekter«), s. 687 f., og *U. Rammeskov Bang-Pedersen & M. Kruse i R. Potok*, Cross Border Collateral: Legal Risk and the Conflict of Laws, 2002, s. 193 f.

3. En rettighed, som angår en bestemt mængde (eksempelvis »pantsætters til enhver tid værende værdipapirer«), opfylder kravet til individualisering. Noget andet er, at der eksemplvis ved lov kan være fastsat gyldighedskrav, som går videre end kravet om individualisering. Tinglysningslovens § 47 b, stk. 1, bestemmer således, at der ikke kan gives underpant i mængder af ensartede løsørengense.
4. Det vil føre for vidt her at drøfte den ofte forvirrende anvendelse af begreberne individualisering, individuelt bestemt, identifikationsbevis og materielt beskrivelseskrav.

telse mod tredjemand efter omstændighederne, at der foretaget en sikringsakt.<sup>5</sup>

Haagerkonventionen regulerer alene lovtaget og indebærer således ikke en harmonisering af materielle regler. Collateral-direktivet harmoniserer dele af medlemsstaternes materielle regler om pant i værdipapirer og indeholder i øvrigt nogle regler, der i visse tilfælde giver sikkerhedsrettigheder beskyttelse mod omstødelse. Direktivet harmoniserer imidlertid ikke medlemsstaternes regler om individualisering, jf. herved Collateral-direktivets præambel nr. 19.<sup>6</sup> Endvidere måtte man opgive at harmonisere sikringsakten ved pantsætning.<sup>7</sup>

5. I princippet kan og bør individualisering opfattes som en sikringsakt, da individualisering – ligesom traditionelle sikringsakter – alene er en betingelse for at opnå beskyttelse mod tredjemand, jf. nærmere *Rammeskov Bang-Pedersen*, Internationale aspekter, s. 53. I denne artikel vil ordet »sikringsakt« dog alene blive anvendt om traditionelle sikringsakter såsom registrering og rådighedsberøvelse, da dette er bedst stemmende med den terminologi, der anvendes af den øvrige teori.
6. Ifølge investerings servicedirektivets (92/22/EØF) artikel 10 skal medlemsstaterne indføre regler, som forpligter deres investerings selskaber til at træffe fyldestgørende foranstaltninger med henblik på at sikre kundernes ejendomsret ved selskabets insolvens, hvilket efter præambelen som hovedregel medfører, at selskabet skal have pligt til at adskille sine værdipapirer fra kundernes. Direktivet harmoniserer imidlertid ikke medlemsstaternes regler om individualisering. Det er således fortsat national ret, som er afgørende for, hvilke krav (om nogen) til adskillelse der stilles for, at kunderne har separatiststatus i tilfælde af selskabets insolvens. Direktiv 97/9 artikel 4, som er gennemført ved indskydergarantifondsloven, sikrer en kunde erstatning dog på højst 20.000 euro i tilfælde af, at et kreditinstitut på grund af insolvens ikke kan tilbagelevere værdipapirer, som tilhører kunden. Direktivet tillader, at kunden pålægges en selvrisiko på op til 10%, men denne mulighed er ikke anvendt ved den danske implementering.
7. Collateral-direktivets præambel nr. 9 indeholder dog en tilkendegivelse af, at medlemsstaterne som sikringsakt alene bør kræve, at sikkerheden besiddes, registreres eller på anden måde bringes i sikkerhedshavers kontrol. Sikringsaktens gyldighed kan ikke betinges af formelle handlinger såsom påtegning hos notar, jf. Collateral-direktivets artikel 3.

Som det fremgår, indebærer Collateral-direktivet og Haagerkonventionen ingen ændring i de gældende danske materielle regler om individualisering og sikringsakt. Disse regler skal således fortsat anvendes i tilfælde, hvor en panterets eller anden rettigheds beskyttelse mod tredjemand skal afgøres efter dansk materiel ret. Individualiseringsproblemer kan opstå såvel ved hævding af ejendomsret, jf. herom afsnit 2.1, som ved hævding af en panteret, jf. herom afsnit 3.1. Spørgsmålet om rette sikringsakt ved henholdsvis ejendomsrettigheder og panterrettigheder er behandlet i henholdsvis afsnit 2.2 og afsnit 3.2.

Nærværende artikel omhandler alene værdipapirer, som opbevares på en konto. Det vil m.a.o. sige dematerialiserede værdipapirer (fondsaktiver, jf. værdipapirhandelslovens (VPHL) § 59), samt immobiliserede værdipapirer.<sup>8</sup>

## 2. Ejendomsret til værdipapirer

### 2.1. Individualisering af ejendomsret

Værdipapirer kan enten opbevares på en individuel konto eller på en samlekonto. Opbevares værdipapirer på en individuel konto, er værdipapirejeren registreret som kontohaver i Værdipapircentralen. På kontoen er tillige registreret, hvem som er kontoførende institut, jf. VPHL § 76, stk. 2. Er der tale om en individuel konto, opstår der ingen individualiseringsproblemer i tilfælde af det kontoførende instituts konkurs, da kontohavers værdipapirer via den individuelle konto klart er adskilt fra det kontoførendes instituts aktiver.<sup>9</sup>

8. Immobiliserede værdipapirer er fysiske værdipapirer, der opbevares af én depositar, således at rettighedsstiftelse ikke sker ved fysisk overgivelse af værdipapirerne, men derimod ved at rettighedsstiftelsen registreres hos en værdipapircentral (hvis beføjelse hertil er registreret hos depositaren).
9. Principielt kan det tænkes, at ejeren af værdipapirerne pro forma lader en anden stå som kontohaver. Det skal registreres på kontoen, at kontohaver fører kontoen på vegne af en anden, jf. VPHL § 72, stk. 2. Uanset om en

Når værdipapirer tilhørende flere forskellige personer opbevares på én konto, tales om en samlekonto. En finansiel virksomhed må alene opbevare en kundes værdipapirer på samlekonto, hvis kunden har samtykket heri, jf. lov om finansiel virksomhed (FIL) § 72, stk. 3.<sup>10</sup> Når værdipapirer, der er af samme type, men som tilhører forskellige personer, opbevares på en samlekonto, kan der opstå individualiseringsproblemer. Det enkelte dematerialiserede værdipapir har ikke et løbenummer eller andre særkendetegn. Man kan således ikke skelne eksempelvis en TDC-aktie fra en anden TDC-aktie. Der kan derfor ikke føres bevis for præcis, hvilke bestemte TDC-aktier, som tilhører en bestemt kunde, men alene et bevis for, hvor stor andel af samlekontoens TDC-aktier, som tilhører kunden.

Samlekontoen vil i praksis ikke have de reelle værdipapirejere som kontohavere. I stedet vil én person (typisk det kontoførende institut) stå registreret i Værdipapircentralen som kontohaver. Det skal registreres på kontoen, at denne føres på vegne af andre, jf. VPHL § 72, stk. 2. M.a.o. vil det i Værdipapircentralen være registreret, at kontohaver alene er nominee for de reelle ejere, men de reelle ejeres identitet vil ikke være registreret i Værdipapircentralen. Er kontohaver (nominee) en finansiel virksomhed (hvilket typisk vil være tilfældet), skal denne føre et register, hvoraf de enkelte reelle ejeres (kundernes) ejerforhold til værdipapirerne på kontoen fremgår, jf. FIL § 72, stk. 3. Har den finansielle virksomhed ført et sådant register, kan den enkelte kunde udtage sin respektive

sådan registrering er sket, kan den reelle ejer imidlertid hævde sin ejendomsret over for pro forma-ejers kreditorer, jf. U 1994.719 Ø, da VPHL § 69, der må anvendes på konflikten mellem den reelle ejer og kreditorerne, alene hjemler aftaleerhvervrekstinktion og ikke kreditor-ekstinktion.

10. FIL træder i kraft 1. januar 2004. De i denne artikel omtalte regler i FIL § 72 er imidlertid en videreførelse af de gældende regler i den nugældende lov om finansiel virksomhed § 3 b.

andel af værdipapirerne på kontoen i tilfælde af den finansielle virksomheds konkurs, jf. FIL § 72, stk. 7.<sup>11</sup> Det er dog en betingelse, at der ikke inden indledningen af insolvensbehandlingen er tvist om kundens ejendomsret, jf. FIL § 72, stk. 7. FIL § 72 løser således i de fleste praktisk forekommende tilfælde individualiseringsproblemet derved, at den enkelte kunde kan udtage sin andel af indeståendet på samlekontoen, uanset at kundens værdipapirer er sammenblandet på samlekontoen med værdipapirer af samme type tilhørende andre kunder, og det følgelig ikke *de facto* er muligt at afdøre, hvilke bestemte værdipapirer som tilhører den enkelte kunde. Registrering af kundens ejerandel i den finansielle virksomheds eget register er m.a.o. tilstrækkelig individualisering (eller om man vil: medfører, at kunderne beskyttes, som om individualisering var sket).

Ofte køber en kunde værdipapirer via den bank, som senere opbevarer værdipapirerne for kunden. Er banken alene formidler af salget, dvs. værdipapirerne købes fra tredjemand, giver dette ikke anledning til særlige individualiseringsproblemer i forhold til bankens kreditorer. Købes der derimod fra bankens egenbeholdning, dvs. værdipapirer som banken opbevarer på en af sine egne konti, kan man drøfte, om beskyttelse mod bankens kreditorer alene forudsætter, at de solgte værdipapirer er overført fra bankens egen konto til samlekontoen.<sup>12</sup> Ved genuskøb forudsætter beskyttelse af køber mod sælgers kreditorer således ikke blot, at der er sket en individualisering (udskillelse),<sup>13</sup> men tillige at denne er bindende, normal eller ordinær.<sup>13</sup> Formentlig må man antage, at FIL § 72 har gjort endelig op med individualise-

11. Bestemmelsen gælder tillige betalingsstandsning og lignende, og må kunne anvendes analogt i tilfælde af individualforfølgning, således at kunderne i kraft af registret anses for beskyttet mod udlæg fra den finansielle virksomheds kreditorer.
12. Om bankens forhold til *kundens* kreditorer, dvs. muligheden for at gøre salget betinget af købesummens betaling, se VPHL § 72, stk. 1, og bekendtgørelse nr. 1032 af 15. december 1996. VPHL § 72, stk. 1, gælder kun, hvor banken (sælger) tillige er et kontoførende institut.
13. Det er omdiskuteret, om individualiseringen skal være bindende, normal eller ordinær, jf. nærmere *M. Elmer & L. Skovby*, Ejendomsretten 1, 4. udg., 1999, s. 51 f., og *J. Ruben Andersen*, Justitia 1995/3, s. 18 f.

ringsspørgsmålet, således at det alene kan kræves, at værdipapirerne er overført til samlekontoen (og at banken i sit register som følge heraf har noteret kunden som ejer af denne del af værdipapirerne på samlekontoen).<sup>14</sup> Resultatet er dog ikke utvivlsomt. Typisk vil værdipapirhandler imidlertid blive afviklet så hurtigt som muligt med forudgående advisering herom til køberen. Det vil derfor under alle omstændigheder være sjældent, at man kan argumentere for, at den ved overførslen til samlekontoen skete individualisering ikke var normal, bindende eller ordinær.

Trods reglen i FIL § 72 kan der opstå individualiseringsproblemer. Dette kan skyldes enten *overdækning*, dvs. der indestår flere værdipapirer på samlekontoen end summen af kundernes værdipapirer, eller *underdækning*, dvs. værdipapirerne på samlekontoen ikke er tilstrækkelige til at dække alle kunders krav. Såvel ved overdækning som ved underdækning vil der ofte foreligge uoverensstemmelse med samlekontoens udvisende og det register, som nominee efter FIL § 72, stk. 3, fører over kundernes ejerandele. Der skal imidlertid næppe sluttes modsætningsvis fra FIL § 72, stk. 7. Det forhold, at nominees register er mangelfuldt, er således næppe til hinder for, at kunderne ud fra almindelige formueretlige principper fører bevis for individualisering.<sup>15</sup>

14. Det er oplagt, at notering af kundens ret i bankens eget register ikke er tilstrækkelig til at skabe individualisering af kundens ret til de *solgte* værdipapirer, hvis disse fortsat befinder sig på bankens egen konto, jf. herved U 1985.856 S, hvor individualisering ikke var sket, da køber alene have fået en »godseddel« tilsendt, men hvor de solgte værdipapirer ikke var udskilt. Kunden kan m.a.o. ikke opnå separatistret til værdipapirer, der fortsat befinder sig på bankens egen konto. Noget andet er, at det kan diskuteres, om kunden trods den manglende overførsel kan gøre krav på nogle af de værdipapirer, som allerede står på samlekontoen, jf. nedenfor om underdækning på samlekontoen.

15. Se dog anderledes *P. Krüger Andersen & N. Jul Clausen*, Børsretten, 2. udg., 2003, s. 91, der synes at antage, at mangler ved registret altid medfører, at kunderne mister deres separatiststatus som følge af manglende individualisering.

Udtalelsen i *Bet. 1290/1995*, bind 4, s. 44 (der er gentaget i bemærkningerne til FIL § 72) om, at det er en forudsætning for opretholdelsen af en kundes ejendomsret, at nominee fører et register, hvoraf de enkelte ejerforhold fremgår, bør læses således, at der alene menes forudsætningen for at fastslå ejendomsret alene på grundlag af registret. Det kan ikke have været hensigten med reglerne at indskrænke den beskyttelse, kunderne i øvrigt måtte nyde efter almindelige ulovbestemte regler om individualisering. I øvrigt ville en sådan fortolkning medføre, at kunder hos ikke-finansielle virksomheder, der ikke er omfattet af FIL § 72, efter omstændighederne kunne blive stillet bedre end kunder hos finansielle virksomheder, hvilket synes uantageligt.

Det må i hvert fald være således, at kunderne på grundlag af nominees register kan udtage de værdipapirer, som er af en type, som der hverken er over- eller underdækning af, m.a.o. værdipapirer med hensyn til hvilke der er overensstemmelse mellem samlekontoens udvisende og nominees eget register.<sup>16</sup> Hvad angår de øvrige værdipapirer, må der sondres mellem dem, som der er overdækning af, og dem, som der er underdækning af.

En kunde, der som følge af manglende individualisering ikke har separatistret i den finansielle virksomheds konkursbo, kan få dækket sit tab i indskydergarantifonden dog højest med et beløb svarende til 20.000 euro, jf. indskydergarantifondslovens § 11.<sup>17</sup> Selv om spørgsmålet om individualisering ved sådanne mindre beholdninger således har mindre interesse set med kundens øjne, er det stadig af betydning, da det er afgørende for, om boet eller garantifonden skal dække kundens krav.

*Overdækning* kan skyldes en fejl eller ganske simpelt, at nogle af værdipapirerne på samlekontoen tilhører kontohaver (nominee) selv. Ifølge FIL § 72, stk. 3, kræver det tilladelse fra Finans-

16. Jf. *J. Ruben Andersen*, Justitia 1995/3, s. 41.

17. Kunder, der lider tab, som ikke skyldes manglende individualisering, men derimod fejl begået af det kontoførende institut i forbindelse med indrapportering til registrering, kan efter omstændigheder kræve tab på op til 500 mio. kr. dækket af instituttet, jf. VPHL § 81, stk. 1-3. De øvrige danske kontoførende institutter hæfter subsidiært for kravet, jf. VPHL § 81, stk. 4. Der bortses i det følgende fra tab, som skyldes indrapporteringsfejl begået af det kontoførende institut.

tilsynet, hvis den finansielle virksomhed (kto-haver) vil opbevare egne værdipapirer på samle-konto sammen med kundernes værdipapirer.<sup>18</sup> Det fremgår ikke klart af FIL § 72 eller dennes forarbejder om en sådan sammenblanding med-fører, at kundernes værdipapirer ikke kan anses for individualiserede i forhold til kontohavers egne. Er de værdipapirer, som tilhører nominee, af en anden type end de værdipapirer, som tilhører kunderne, må kundernes værdipapirer trods sammenblandingen anses for individualiseret i forhold til nominees egne værdipapirer, jf. ovenfor. Ofte vil der imidlertid være tale om værdipapirer af samme type. I almindelighed må en sammenblanding af tredjemands aktiver med skyldnerens egne aktiver af samme type medføre, at tredjemands aktiver ikke kan anses for individualiserede i forhold til skyldnerens aktiver, hvorfor tredjemand alene har et simpelt krav i skyldnerens konkursbo.<sup>19</sup> Det er imidlertid tvivlsomt, om man med henvisning til dette princip generelt kan antage, at kundernes værdipapirer ikke er individualiserede, når der er sket sammenblanding med nominees egne værdipapirer. Er værdipapirerne dematerialiserede kan man opfatte forholdet således, at nominees samle-konto i Værdipapircentralen er en fordring mod Værdipapircentralen (lydende på et bestemt antal værdipapirer).<sup>20</sup> Anskues situationen på denne måde, er samlekontoen udtryk for, at kunderne ejer en del af fordringen mod Værdipapircentralen. Denne fordring (samlekontoen)

er individualiseret. Det antages med rette af en enig teori, at et pant i en del af en fordring opfylder kravet til individualisering, såfremt fordringen er individualiseret, jf. afsnit 3.1 nedenfor. Følgelig må en ejendomsret til en del af en fordring også opfylde kravet til individualisering. Det afgørende for, om der trods overdækning på samlekontoen foreligger en fornøden individualisering af kundernes værdipapirer i tilfælde af nominees konkurs, er således, om man opfatter værdipapirerne som selvstændige aktiver eller som en fordring på Værdipapircentralen. Det synes tvivlsomt, hvilken løsning der må antages at være gældende ret. I U 1997.762 H udtalte Højesteret i en sag om individualisering af værdipapirer i samledepot, at kunderne kunne udtage deres værdipapirer fra nominees konkursbo på grundlag af det register, som var ført af nominee »i hvert fald i et tilfælde som det foreliggende, hvor vekselererfirmaets [nominees] samledepot ikke indeholdt EFACEC aktier tilhørende vekselererfirmaet selv«.

Efter min opfattelse bør man anse kundernes ret som en ejendomsret til en del af en fordring mod Værdipapircentralen, dvs. antage, at kundernes værdipapirer er individualiseret trods sammenblandingen med nominees egne værdipapirer.<sup>21</sup> Risikoen for, at de simple kreditorer derved besviges, er beskeden, da der via konto-udskrifter fra Værdipapircentralen kan føres bevis for bevægelserne på kontoen. M.a.o. vil det ofte være muligt at føre bevis for forsøg på at unddrage kreditorerne værdipapirer ved pro forma-dispositioner samt for omstødelige dispo-

18. En sådan tilladelse vil alene blive givet, såfremt det er forbundet med uforholdsmæssige vanskeligheder og usikkerheder at foretage en opdeling af kontoen, jf. *Bet. 1290/1995*, bind 4, s. 44. Ikke desto mindre er det selv-sagt muligt, at sammenblanding sker, uden at der forinden er indhentet tilladelse.

19. Individualiseringskravet kritiseres generelt af *R. K. Feldthusen*, *Succession*, 2001 (herefter »*Feldthusen*, *Succession*«), s. 235 f.

20. Således *L. Hedegaard Kristensen*, *Studier i erhvervsfinansieringsret*, 2003 (herefter »*Hedegaard Kristensen*«), s. 355.

21. Som konsekvens heraf kan der i (de sjældne) tilfælde, hvor kunden køber nogle af de til nominee tilhørende værdipapirer, som opbevares på samlekontoen, næppe kræves nogen yderligere udskillelse for, at kunden (køber) opnår beskyttelse mod nominees kreditorer. Anderledes med hensyn til fysiske, negotiable værdipapirer, jf. U 1985.856 S. Om spørgsmålet, om der ved køb fra nominee kræves, at individualiseringen er bindende, normal eller ordinær, se ovenfor. Om sikringsakten ved køb af værdipapirer fra nominee, se afsnit 2.2.

sitioner.<sup>22</sup> Set i forhold hertil vil en regel om, at kundernes værdipapirer ikke anses for individualiserede ved overdækning på samlekontoen, udsætte kunderne for en uforholdsmæssig stor risiko.<sup>23</sup> Det kan ikke herimod indvendes, at kunderne blot kan kræve at få opbevaret deres værdipapir på en individuel konto, hvor der ikke er risiko for sammenblanding med nominees egne værdipapirer. Uden for Norden er det ikke almindeligt, at enkeltpersoner kan få åbnet en individuel konto, hvorfor kunder – også hos danske finansielle virksomheder – i disse tilfælde er nødsaget til at anvende samledepot. Antagelsen af, at kundernes ret skal anses som en ejendomsret (med separatiststatus) til en del af en fordring, stemmer i øvrigt overens med, at et pant i en del af en værdipapirkonto må anses for pant i en del af en fordring, jf. afsnit 3.1. Det ville være mærkværdigt, om man i relation til individualisering stiller en person, der har pant i en del af en konto, bedre end en person, der ejer en del af en konto.

Også ved *underdækning* på samlekontoen kan der opstå individualiseringsproblemer. Her er problemet ikke sammenblanding med nominees egne værdipapirer, men derimod det forhold, at saldoen ikke er tilstrækkelig til at dække samtlige kunders krav. Man kan argumentere for, at i og med man ikke kan afgøre, hvilke kunders værdipapirer som »mangler«, kan den enkelte kundes andel af værdipapirerne ikke anses for individualiseret. De kunder, som gør krav på værdipapirer af en type, som der *ikke* er underdækning af, må dog under alle omstændigheder have separatiststatus, jf. ovenfor. Hvad

22. En generel opgivelse af individualiseringskravet med hensyn til andre aktiver såsom kontanter og fysiske, negotiable værdipapirer vil derimod på grund af vanskelighederne ved at føre bevis for ind- og udtagninger af skyldners beholdning indebære en risiko for kreditorbesvigelser. Sml. *R. K. Feldthusen, Trusts*, 2002, s. 270.

23. Som anført af *Feldthusen, Succession*, s. 237, kan meget strenge krav til individualisering føre til urimelige kreditorberigelser.

angår de værdipapirer, som der er underdækning af, bliver det ligesom i overdækningstilfældet afgørende, om man anser værdipapirerne for særskilte aktiver eller en fordring mod Værdipapircentralen. Af samme grunde som anført ovenfor med hensyn til overdækningstilfældet, må man formentlig antage, at den enkelte kundes krav er et krav på (en del af) en individualiseret fordring mod Værdipapircentralen.<sup>24</sup> Kundernes ejendomsret til de beholdne værdipapirer må derfor anses for beskyttet mod nominees konkursbo. Den indbyrdes fordeling af fordringen (de beholdne værdipapirer) må herefter afgøres efter almindelige ejendomsretlige prioritetsregler, dvs. som udgangspunkt efter tidsprioritet.<sup>25</sup> Dette indebærer, at den kunde, der sidst har fået indlagt værdipapirer på samlekontoen, anses for at have den dårligste prioritet i fordringen mod Værdipapircentralen og dermed er den første til at bære risikoen for underdækning. En anden mulighed kunne være at antage, at der med hensyn til de resterende værdipapirer foreligger et sameje mellem kunderne, således at de hver især forholdsmæssigt rammes lige af underdækningen. Samejeløsningen blev imidlertid afvist i U 1985.856 S.<sup>26</sup> Det må medgives, at det synes svært at se hjemlen til at statuere sameje ud fra

24. Selv om man måtte anse værdipapirerne som særskilte aktiver, er det muligt, at kunderne kan udtage de beholdne værdipapirer på grundlag af nominees register efter FIL § 72, stk. 7, hvis det klart fremgår, at underdækningen skyldes nominees (uberettigede) dispositioner over samlekontoen, eksempelvis salg for at skaffe likviditet, da der i sådanne tilfælde ikke kan siges at foreligge en egentlig mangel ved registret.

25. En kunde kan formentlig ikke ekstingvere de øvrige kunders ældre ret over samlekontoen, jf. nærmere afsnit 2.2 om sikringsakten.

26. U 1985.856 S angik fysiske værdipapirer, som befandt sig hos skyldner, dvs. som ikke var immobiliserede. I sagen kom det derfor ikke på tale at anse værdipapirerne som en (individualiseret) fordring, hvorfor der på grund af underdækningen samt øvrige uoverensstemmelser mellem kunders krav og de beholdne aktier ikke kunne antages at foreligge fomøden individualisering. Værdipapirerne indgik derfor i konkursboets almindelige masse.

ulovbestemte principper, men *de lege ferenda* synes løsningen at have noget for sig.

## 2.2. Sikringsakten ved ejendomsret

Alle rettigheder over dematerialiserede værdipapirer skal registreres i Værdipapircentralen, jf. VPHL § 66. Selv om man som nævnt i afsnit 2.1 i relation til individualisering må opfatte en konto i Værdipapircentralen som en fordring, kommer det således ikke på tale at kræve denunciation efter gældslovens § 31, da det udtrykkeligt i VPHL § 66 er bestemt, at sikringsakten for denne type fordring er registrering. Ved individuelle konti er kravet opfyldt ved registreringen af ejeren som kontohaver. Ved samlekonti er den enkelte kundes ejendomsret ikke registreret i Værdipapircentralen. Dette medfører dog ikke, at kundens ejendomsret generelt må anses for usikret og dermed i risiko for at blive ekstingveret ved kontohavers (nominees) konkurs. Er det – som foreskrevet i VPHL § 72, stk. 2 – registreret på samlekontoen, at nomineee fører kontoen på vegne af andre (kunderne), må kundernes ejendomsret hermed anses for registreret. Følgelig har kunderne separatiststatus i nominees konkursbo, forudsat der foreligger behørig individualisering, jf. afsnit 2.1. Man kan udtrykke det således, at man ved flagningen på kontoen af det underliggende ejerforhold med tilstrækkelig tydelighed har angivet over for omverdenen, at der er tale om tredjemands og ikke kontohavers (nominees) aktiver.<sup>27</sup>

Hvis samlekontoen indeholder værdipapirer tilhørende nominee selv, og en kunde køber nogle af disse, vil salget ikke give sig udslag i nogen registrering i Værdipapircentralen, hvis kunden fortsat lader værdipapirerne opbevare på samlekontoen. Ikke desto mindre må kundens ret til de købte værdipapirer formentlig anses for beskyttet mod nominees kreditorer i kraft af, at det i Værdipapircentralen allerede inden salget var registreret, at kontoens indestående ikke tilhørte nomineee (dvs. i kraft af nomineee-registreringen). Selv om en del af værdipapirerne på samlekontoen faktisk tilhørte

nominee inden salget til kunden (og nomineee-registreringen for så vidt angår disse reelt var »urigtig«), kan der næppe være noget til hinder for at anerkende, at kunden (køberen) opnår beskyttelse ved, at sikringsakten så at sige er iagttaget på forhånd. Det er dog klart, at en betingelse for kundens beskyttelse er, at denne kan føre bevis for, at der reelt har fundet et salg sted.

Vanskeligere er spørgsmålet om kundernes beskyttelse over for *nominees aftaleerhververe*. Selv om kundernes ejendomsret må anses for registreret i kraft af flagningen på kontoen, fremstår kontohaver som legitimeret til at råde på vegne af kunderne. En finansiel virksomhed er ikke bemyndiget til at disponere over kundernes værdipapirer uden disses samtykke, jf. FIL § 72, stk. 2. Problemet er imidlertid de tilfælde, hvor nominee trods reglen i FIL § 72, stk. 2, (uberettiget) disponerer over samlekontoen til fordel for en tredjemand. Det forhold, at nominee er registreret som kontohaver, må sidestilles med registrering af en fuldmagt for nominee til at råde over værdipapirerne på samlekontoen. Dette understøttes af, at dispositioner foretaget af nominee kan registreres i Værdipapircentralen uden samtykke fra kunderne. Den indskrænkning af nominees adgang til at råde, som følger af retsforholdet mellem nominee og kunderne, har karakter af en uregistreret indskrænkning af nominees adgang til at råde, der således kan ekstingveres af en aftaleerhverver, der *registrerer* sin ret i *god tro*, jf. VPHL §§ 66 og 69. Ved god tro må her forstås, at tredjemand hverken vidste eller burde vide, at værdipapirerne ikke kom fra nominees egenbeholdning, eller – såfremt tredjemand ikke var i god tro herom – at tredjemand hverken vidste eller burde vide, at nominee ikke havde fået samtykke til at disponere. Mere tvivlsomt er det, hvornår tredjemand kan siges have opfyldt den anden ekstinktionsbetingelse, dvs. have registreret sin ret. Hvis nominee uberettiget sælger værdipapirer fra samlekontoen til tredjemand, og disse overføres til en anden konto, eksempelvis en individuel konto i købers navn, må tredjemands ret

27. Jf. *Bet. 1290/1995*, bind 4, s. 85.

over værdipapirerne klart anses for registreret med den virkning, at tredjemand ekstingverer forudsat god tro. På tilsvarende vis må det formentlig antages, at en person, der af nominee tilsiges pant i samlekontoen og i god tro får registreret dette pant på kontoen, ekstingverer kundernes eventuelle indsigelser om, at pantsætningen er sket uden deres samtykke.

Problemet er de tilfælde, hvor nominee uberettiget sælger værdipapirer på samlekontoen til en person, typisk en ny kunde, der fortsat lader værdipapirerne opbevare på samlekontoen. Et sådant salg vil alene give sig udslag i en registrering i nominees eget register af den nye kundes ejerandel. Dette er næppe tilstrækkeligt til, at den nye kunde kan ekstingvere de gamle kunders ret til værdipapirerne. Registreringen i nominees register sikrer ikke den nye kunde mod at blive ekstingveret af senere aftaleerhververe, eksempelvis en køber, der lader værdipapirerne overføre fra samlekontoen til sin egen individuelle konto, jf. ovenfor. En generel betingelse for ekstinktion er, at man selv har sikret sin ret. En køber af værdipapirer, der lader disse blive indestående på samlekontoen, har ikke sikret sig mod at blive ekstingveret af senere købere og kan derfor næppe ekstingvere de gamle kunders ret. Det gør næppe nogen forskel heri, om nominee i sit register uberettiget har debiteret de gamle kunder de værdipapirer, som er solgt til den nye kunde. Nominee bør ikke ensidigt kunne bringe de gamle kunders ret til ophør alene ved at foretage en intern postering i sit eget register. Konklusionen bliver dermed, at en ny kunde, som lader de fra nominee erhvervede værdipapirer indestå på samlekontoen, ikke opfylder betingelserne for at ekstingvere de gamle kunders ret. Den nye kunde har derfor alene en simpel fordring i nominees konkursbo, hvis nominee ikke inden konkursen (på uomstødelig vis) har tilført samlekontoen de manglende værdipapirer. M.a.o. er det den nye kunde, der bærer risikoen for, at der er underdækning på samlekontoen.

I de tilfælde, hvor nominee uberettiget sælger værdipapirer på samlekontoen til en person, der i god tro lader værdipapirer flytte fra samlekontoen til en anden konto, indtræder ekstinktion til fordel for køberen, jf. ovenfor. Som følge heraf opstår der underdækning på samlekontoen. Da det som anført ovenfor ikke kan antages, at en kunde kan ekstingvere andre kunders rettigheder over samlekontoen, må kundernes ret til de resterende værdipapirer på samlekontoen afgøres efter tidsprioriteten, jf. nærmere afsnit 2.1.

Det er generelt vanskeligt at argumentere for det rimelige i, at den kunde, hvis ret er stiftet senest, skal være den første til at bære risikoen for underdækning på samlekontoen. *De lege ferenda* burde problemet med underdækning derfor formentlig løses ved, at de kunder, som gør krav på værdipapirer af en type, som der er underdækning af, hver tillægges en forholdsmæssig andel af de resterende værdipapirer, jf. afsnit 2.1.

### **3. Pant i værdipapirer**

#### *3.1. Individualisering af pant*

Ved pant i værdipapirer kan opstå individualiseringsproblemer i to relationer. For det første kan der i tilfælde, hvor pantsætters værdipapirer opbevares på samlekonto hos en nominee, opstå spørgsmål om værdipapirerne er tilstrækkeligt individualiserede i forhold til *nominees* kreditorer, jf. herom afsnit 2.1. Panthaver deler i denne relation skæbne med sin pantsætter, hvorfor panteretten ikke er mere værd end dividenden i nominees konkursbo, såfremt der ikke foreligger individualisering.

For det andet opstår der problemer med at individualisere pantet i forhold til *pantsætters* kreditorer. I denne relation er det formentlig underordnet, om pantsætters værdipapirer opbevares på en individuel konto eller på en samlekonto, jf. nedenfor. M.a.o. er kravene til individualisering i forhold til pantsætters kreditorer formentlig de samme, uanset om der gives pant i en individuel konto i Værdipapircentralen eller i

en kundes andel af en samlekonto (dvs. kundens konto hos en nominee). Individualiseringsproblemet opstår kun, hvis panthaver alene har pant i en del af pantsætters kontoindestående. Som ved individualisering af ejendomsret, bliver det afgørende, om man opfatter værdipapirerne som særskilte aktiver eller kontoindeståendet som en fordring mod Værdipapircentralen (ved individuel konto) eller mod nominee (ved samlekonto).<sup>28</sup> Anses værdipapirerne som særskilte aktiver foreligger der ikke individualisering, hvis der på kontoen er ikke-pantsatte værdipapirer af samme type som de pantsatte.<sup>29</sup> Opfattes værdipapirer derimod som en fordring, foreligger der derimod tilstrækkelig individualisering, uanset om kontoen tillige indeholder ikke-pantsatte værdipapirer. Dette skyldes, at fordringen er tilstrækkelig individualiseret, selv om der alene gives pant i en del af denne (her en del af værdipapirerne).<sup>30</sup>

Der kan gives pant i »det til enhver tid værende indestående« på en værdipapirkonto.<sup>31</sup> TL § 47 b, stk. 1, gælder således ikke pant i værdipapirer.<sup>32</sup> I lyset heraf må det erkendes, at det er

ubetænkeligt at anse værdipapirer på en individuel konto som en fordring mod Værdipapircentralen og dermed antage, at der foreligger individualisering trods det, at kontoen indeholder såvel pantsatte som ubehæftede værdipapirer af samme type. Parterne kunne nemlig under alle omstændigheder opfylde individualiseringskravet ved at maksimere pantet, jf. følgende eksempel:

Pantsætter har en individuel konto med 10.000 TDC-aktier. Panthaver forlanger sikkerhed i 5.000 stk. Parterne aftaler, at »panthaver får sikkerhed i 5.000 stk. TDC-aktier indestående på kontoen i VP«. Anses værdipapirerne for særskilte aktiver, er individualiseringskravet ikke opfyldt. Parterne kunne imidlertid opnå dette ved at give panthaver »pant i det til enhver tid værende indestående på kontoen dog maksimalt 5.000 TDC-aktier«.

Det må derfor formentlig antages, at pant i en del af en individuel værdipapirkonto skal anses som et pant i en del af en individualiseret fordring.<sup>33</sup> Dette indebærer i praksis, at en panteret i en del af et indestående på en individuel konto altid vil være individualiseret i forhold til pantsætters (kontohavers) kreditorer.

Ses herefter på pant i en del af en kundes indestående på en samlekonto, må tilfældet behandles på samme måde, dvs. således at man antager, at der er tale om pant i en del af kundens fordring på nominee med den virkning, at kravet til individualisering i forhold til kundens kreditorer er opfyldt. I modsat fald vil retsstillingen være således, at der gjaldt mere lempelige krav til individualisering af pant i en del af en individuel konto end ved pant i en del af en kundes indestående på en samlekonto. Det kan ikke herimod indvendes, at såfremt kundens ejen-

f., omtalte retspraksis. Noget andet er, at man ved pant i fremtidige aktiver i relation til konkurslovens § 70 ikke altid vil lægge vægt på tidspunktet for sikringsaktens foretagelse, men derimod typisk på tidspunktet for aktivets opståen, jf. nærmere *Højlund Christensen*, Fremtidige fordringer, s. 95 f.

33. Jf. *Hedegaard Kristensen*, s. 304 og 355.

28. Jf. *T. Iversen & L. Hedegaard Kristensen*, Sivende pant, Finansektorens uddannelsescenter, 1995, s. 22-23.

29. Bek. nr. 925/1996 om registrering § 43 giver mulighed for, at det registreres, at en rettighed alene omfatter en del af værdipapirerne på kontoen, men denne regel kan ikke være afgørende for, om der panteretligt (materielt) antages at foreligge individualisering.

30. Pant i en del af en fordring opfylder således kravet til individualisering, jf. *W. E. von Eyben*, Panterrettigheder, 8. udg. *vi H. Skovgaard*, 1987, s. 85 f., *V. Carstensen & T. Rørdam*, Pant, 7. udg., 2002, s. 63, og *Hedegaard Kristensen*, s. 305.

31. Jf. *Hedegaard Kristensen*, s. 304 og 355.

32. Et pant i »det til enhver tid værende indestående« vil i sagens natur omfatte værdipapirer, som fremtidigt indsættes på kontoen. Ikke desto mindre foreligger der individualisering, da kontoens indestående klart kan identificeres blandt pantsætters aktiver. Uden for anvendelsesområdet for TL § 47 b, stk. 1, kan der næppe antages at gælde begrænsninger i adgangen til at pantsætte individualiserede, fremtidige aktiver, jf. nærmere den af *L. Højlund Christensen*, Fremtidige fordringer, 1999, s. 78

domsret til dennes værdipapirer på samlekontoen er individualiseret i forhold til *nominees* kreditorer, jf. afsnit 2.1, må der foreligge »værdipapirer« og ikke en fordring mod nominee. Det, som kunden pantsætter, er kravet mod nominee. Om dette krav i tilfælde af *nominees* konkurs er en simpel fordring eller et krav på udlevering af værdipapirer med separatiststatus må være underordnet, når der ses på kravene til individualisering af pantet i forhold til *pantsætters* kreditorer.

### 3.2. Sikringsakten ved pant

#### 3.2.1. Registrering

Selv om et pant er individualiseret, nyder pant-haver alene beskyttelse i forhold til pantsætters kreditorer, hvis sikringsakten er iagttaget. Pant i en individuel konto i Værdipapircentralen skal registreres på kontoen, jf. VPHL § 66. L. Hedegaard Kristensen antager, at der også ved pant i en kundes andel af en samlekonto må ske registrering af pantet i Værdipapircentralen for at opnå beskyttelse mod pantsætters (kundens) kreditorer.<sup>34</sup> Dette kan ikke tiltrædes. Sikring af pantet må kunne ske ved meddelelse til nominee, dvs. i praksis ved at nominee registrerer pantet i sit register. Hensynet til sikringsaktens offentliggørende og rådighedsbegrænsende virkning er tilstrækkeligt tilgodeset herved, da meddelelsen sikrer, at pantsætter ikke længere kan råde frit over indeståendet, men alene med forbehold af panthavers ret, og da enhver ved henvendelse til nominee – der udadtil fremstår som kontohaver i Værdipapircentralen – kan få oplysning om pantsætningen.<sup>35</sup> Følger man L. Hedegaard Kristensens antagelse, vil det ikke kun have den af forfatteren angivne virkning, at man må udskille kundens andel af samlekontoen

34. Hedegaard Kristensen, s. 357.

35. Noget andet er, at det netop for at sikre den offentliggørende virkning ville være hensigtsmæssigt med en regel, der forpligter nominee til at give oplysning om noterede pantsætninger.

til en individuel konto (hvorpå pantet registreres). Det vil tillige skabe usikkerhed om indholdet af dansk ret i tilfælde, hvor der på en samlekonto er udenlandske værdipapirer, dvs. værdipapirer, der er udstedt gennem en udenlandsk værdipapircentral. Har en kunde en konto hos en dansk bank, hvorpå der står udenlandske værdipapirer, vil det i praksis være således, at værdipapirerne opbevares af banken på en samlekonto hos en udenlandsk værdipapircentral (eller bank) sammen med bankens øvrige kunders værdipapirer af samme type. Ikke desto mindre kan kundens konto hos den danske bank være undergivet dansk ret. Det giver her ikke mening at kræve, at de udenlandske værdipapirer udskilles på en særskilt konto, hvorpå panteretten kan registreres, da det i udlandet ofte vil være umuligt eller dog meget omkostningsfyldt at foretage en sådan udskillelse. Derfor må det antages, at sikringsakten ved kundens pantsætning af sin konto hos den danske bank (svarende til kundens andel af samlekontoen) er meddelelse til banken.

I øvrigt vil L. Hedegaard Kristensens resultat medføre den ulempe, at udlændinge, som ejer danske værdipapirer, og som opbevarer disse på en samlekonto (i Værdipapircentralen) i en udenlandsk banks (nominees) navn, skulle tvinges til at oprette en individuel konto i Værdipapircentralen, hvis de vil pantsætte deres værdipapirer. Der ses ikke at være hensyn, som taler for et sådant krav.

#### 3.2.2. Rådighedsberøvelse

Det antages i teorien, at registrering af panteretten over værdipapirerne ikke er tilstrækkelig sikringsakt, hvis panthaver ikke har opretholdt en rådighedsberøvelse over for pantsætter.<sup>36</sup> Hvad der nærmere ligger i kravet om rådigheds-

36. Jf. L. Lyng Andersen & E. Werlauff U 2001 B s. 81, N. Jul Clausen, Sikkerhed i fordringer, 4. udg., 2003, s. 128, og Hedegaard Kristensen, s. 361 f. Men se J. Berning, Omsætningsformue som kreditsikring, 1973 (herefter »Berning, Omsætningsformue«), s. 200, der – dog uden at nævne værdipapirer – generelt tager afstand fra et almindeligt krav om rådighedsberøvelse.

berøvelse er imidlertid omtvistet. En række forskellige situationer kan tænkes. En panthaver kan ud fra en konkret forretningsmæssig beslutning beslutte at frigive en bestemt del af pantet til pantsætter. Man kan alternativt forestille sig, at pantet reguleres i takt med den sikrede fordring, dvs. at der løbende frigives sikkerheder ved nedbringelse af den sikrede fordring. En tredje mulighed er, at panthaver tillader og medvirker til, at pantsætter trækker værdipapirer ud af kontoen, uden at panthaver ved hver enkelt hævning gør sig nærmere forretningsmæssige overvejelser, men dog således at panthaver til enhver tid har mulighed for at nægte yderligere træk på kontoen. De skitserede rådighedsberøvelsesproblemer vil ofte opstå i tilfælde, hvor panthaver har pant i det til enhver tid værende indestående. Panthaver kan selvsagt ikke over for pantsætters konkursbo hævde at have pantet i de værdipapirer, som faktisk er hævet på kontoen, dvs. som er solgt eller overført til en anden konto. Spørgsmålet er alene, om forholdene omkring hævningen tillige medfører, at panteretten i de beholdne værdipapirer på kontoen må anses for usikret, således at den bortfalder ved pantsætters konkurs.

Den overvejende opfattelse i teorien er, at panteretten kan opretholdes over for pantsætters kreditorer, såfremt det oprindelige forhold mellem pantet og den sikrede er fastholdt, og panthaver har ført kontrol hermed inden frigivelsen af værdipapirer til pantsætter.<sup>37</sup> Selv om det oprindelige forhold mellem pantet og den sikrede ikke er fastholdt, må panteretten dog i hvert fald kunne opretholdes, hvis panthaver kan bevise, at frigivelsen er sket ud fra en konkret forretningsmæssig begrundelse.<sup>38</sup> Antagelserne i

teorien støttes af U 1984.1017 H. I sagen opbevarede en bank nogle fysiske værdipapirer for håndpanthaver. Håndpantsætter fik alene adgang til værdipapirerne sammen med ansatte fra banken. Højesterets flertal anså imidlertid ikke panteretten for beskyttet mod pantsætters konkursbo, da hverken panthaver eller pengeinstituttet havde ført kontrol med, at de ombytninger, som pantsætter foretog, var i overensstemmelse med vilkårene i pantsætningsaftalen.

Man kan dog såvel *de sententia ferenda* som *de lege ferenda* drøfte, om der skal stilles sådanne krav for at antage, at rådighedsberøvelse er foretaget. Så længe pantsætter ikke har haft mulighed for at disponere uden panthavers medvirken, burde den blotte prognose om, at panthaver nok vil tillade hævning i fremtiden, ikke være nok til at statuere manglende rådighedsberøvelse. Ligeledes burde det være uden betydning, om en frigivelse er i overensstemmelse med vilkårene i den oprindelige pantsætningsaftale, da vilkårene f.s.v.a. de frigivne værdipapirer *de facto* er ændret ved frigivelsen. Pantsætter har stedse retligt være afskåret fra at råde over værdipapirer, som fortsat er på den pantsatte konto. En antagelse af, at rådighedsberøvelse tillige forudsætter, at man kan bevise, at panthaver kun vil frigive værdipapirer i fremtiden i overensstemmelse med den oprindelige aftale eller dog ud fra en konkret forretningsmæssig begrundelse, er således videregående end blot et krav om retlig urådighed. De hensyn, som taler for, at man i almindelighed kræver rådighedsberøvelse som sikringsakt, taler ikke for en sådan udvidelse. Der er ikke risiko for kreditorbesvigelser. I modsætning til eksempelvis løsørevarelagre kan der føres bevis for ændringer i pantets værdi, dvs. for bevægelserne på kontoen, ved hjælp af udskrifter fra Værdipapircentralen, hvorved det sikres, at en eventuel forøgelse af indestændet, der ikke modsvares af et tilsvarende merudlån, kan omstødes efter konkurslovens

37. Jf. L. Lynge Andersen & E. Werlauff, Kreditretten, 3. udg., 2000 (herefter »Lynge Andersen & Werlauff, Kreditretten«), s. 326, og samme i U 2001 B s. 81, samt Hedegaard Kristensen, s. 362.

38. Jf. Hedegaard Kristensen, s. 362, men måske anderledes Lynge Andersen & Werlauff, Kreditretten, s. 326-327.

§ 70.<sup>39</sup> Selv om det måtte være sandsynligt, at panthaver senere vil frigive værdipapirer, kan der ikke hævdes at være tale om selvåndlæggelse, allerede fordi pantsætter ikke har krav på at disponere frit over værdipapirerne.

Man kan endog drøfte, om man burde lempe kravet til rådighedsberøvelse ved pant i værdipapirer på en individuel konto, således at det tillades, at panthaver kan lade pantsætter råde frit over kontoen, indtil pantsætningsaftalen misligholdes eller opsiges, uden at panthavers pant i de beholdne værdipapirer af denne grund anses for usikret.

Kun det kontoførende institut kan registrere dispositioner i Værdipapircentralen. Ved fri råden menes derfor her, at pantsætter af panthaver over for det kontoførende institut legitimeres til at råde over kontoen uden panthavers samtykke. Er det kontoførende institut panthaver, kan fri råden bestå i, at pantsætter via det kontoførende instituts elektroniske handelssystemer tillægges mulighed for at sælge fra kontoen, uden at en medarbejder konkret skal godkende transaktionen, og uden der i øvrigt er indlagt »spærringer« i systemet.<sup>40</sup>

L. Lyng Andersen & E. Werlauff anfører generelt om fri rådighed for pantsætter:<sup>41</sup>

39. Jf. *Hedegaard Kristensen*, s. 356, der imidlertid trods dette fastholder et videregående krav til rådighedshedsberøvelse, jf. ovenfor.

40. Som anført af *Hedegaard Kristensen*, s. 361, giver norsk ret mulighed for at give kontohaver fri råden, uden at panthavers pant derved anses for usikret. Om elektroniske spærringer, der eksempelvis kan sikre en vis minimumsbeholdning, se *L. Lyng Andersen & E. Werlauff U* 2001 B 81 f.

41. *Lyng Andersen & Werlauff, Kreditretten*, s. 326. Også *Hedegaard Kristensen*, s. 362, jf. s. 27 f., støtter et krav om rådighedsberøvelse ved pant i værdipapirer. *Berning, Omsætningsformue*, s. 189 f. (navnlige s. 200), synes derimod generelt at ville opgive kravet om rådighedsberøvelse, herunder ved konsignation og fordringspant. I hvert fald i relation til fordringspant synes man dog ikke at kunne opgive kravet uden samtidig at styrke kreditorernes mulighed for at bevise, at der foreligger pant for gammel gæld, jf. *U. Rammeskov Bang-Pedersen U* 2003 B s. 235.

»Det ville i disse situationer være forkert at ræsonnere, at det må være panthavers egen sag, om han vil affinde sig med, at omfanget og værdien af pantet reduceres, ... «.

Spørgsmålet er imidlertid, om ræsonnementet er så forkert endda, når det drejer sig om pant i en individuel værdipapirkonto. Hensynet til, at sikringsakten skal være offentliggørende og prioritetskonstaterende, er tilgodeset ved registreringen af pantet i Værdipapircentralen. Et system med fri råderet for pantsætter synes ikke at indebære risiko for kreditorbesvigelser, jf. ovenfor. Da kreditorerne til enhver tid kan foretage retsforfølgning mod den friværdi, der måtte være i værdipapirkontoen (og ved meddelelse til panthaver forhindre denne i at foretage ekstinkt kreditudvidelse) ses den fri råderet heller ikke at indebære nogen risiko for selvåndlæggelse eller andet kreditorly. Man kunne derfor opgive kravet om rådighedsberøvelse ved pant i en individuel værdipapirkonto, således at registreringen i Værdipapircentralen bliver eneste sikringsakt. Det er dog klart, at man fortsat må fastholde, at pantet er ugyldigt, hvis det reelt har karakter af en aftale om konkursprivilegium, da sådanne aftaler strider mod konkurslovens kapitel 10. Afgørende for, om der foreligger en (gyldig) aftale om pant eller en ugyldig aftale om konkursprivilegium, er, om fortrinsretten alene kan gøres gældende i tilfælde af insolvensbehandling.<sup>42</sup> Har »panthaver« m.a.o. givet pantsætter ret til at råde, så længe denne ikke er insolvent, foreligger der således en ugyldig aftale om tillæggelse af konkursprivilegium.

Man kan på tilsvarende vis diskutere, om der fortsat bør stilles krav om rådighedsberøvelse ved kunders pantsætning af deres andel af en samlekonto, dvs. ved kundens pantsætning af dennes konto hos nominee. Selv om registret i Værdipapircentralen er offentligt, og bevægelser på samlekontoen således kan spores, er registret

42. *Rammeskov Bang-Pedersen, Internationale aspekter*, s. 51.

hos nominee ikke offentligt. Dette giver potentielt mulighed for, at nominee kan antedatere posteringer i dette register, således at de enkelte kunders ejerandel og bevægelserne heri tidsmæssigt dateres, så panthaver stilles bedst muligt navnlig i forhold til konkurslovens § 70. Risikoen herfor er størst, hvis nominee er pant-haver, men er også til stede selv om panthaver er en tredjemand. Skal kravet om rådighedsberøvelse opgives også i relation til pantsætning af andele af samlekonti, må det forudsætte, at der samtidig indføres regler, som modvirker faren for kreditorbesvigelse. En mulighed vil her være at tillægge panthaver bevisbyrden for, at der ikke foreligger pant for gammel gæld efter konkurslovens § 70. M.a.o. vil det være panthaver, som skulle løfte bevisbyrden for størrelse og tidspunkt for bevægelserne på kundens konto hos nominee. En sådan bevisregel vil i øvrigt indebære en større betryggelse af kreditorernes stilling end det nuværende krav om rådighedsberøvelse, der ikke i sig selv afskærer nominee fra at foretage antedateringer af posteringer m.v.

#### 4. Behov for en lovregulering?

Som det fremgår af ovenstående, er der en vis usikkerhed om gældende ret navnlig vedrørende betydningen af over-/underdækning på en samlekonto for kundernes separatiststatus i nominees konkursbo, kravene til individualisering ved pantsætning af en del af en værdipapirkonto samt kravene til rådighedsberøvelse ved pant i en værdipapirkonto.

Store dele af den danske tingsret er ulovreguleret, dvs. hviler på retspraksis. Domstolene har i de fleste tilfælde klaret den opgave på bedste vis, og der er grund til at tro, at de anførte problemer også vil blive løst på fornuftig vis af domstolene efterhånden, som der opstår konkrete sager. Problemet er imidlertid den globale konkurrence. Fast ejendom lader sig ikke flytte så let. Långiverne er derfor nødsaget til at indrette sig efter reglerne i staten, hvor ejendommen er beliggende (*lex rei sitae*). Anderledes forhold

der det sig med værdipapirer, der på ganske få minutter kan overføres fra en konto til en anden. Panthavere, der yder lån mod pant i værdipapirer har (udover markedsforårsagede værdifald i værdipapirerne) navnlig to risici: At panteretten bortfalder ved pantsætters konkurs som følge af mangelfuld iagttagelse af sikringsakt, samt at pantets værdi forsvinder som følge af, at pantsætter ikke har separatiststatus i tilfælde af, at den, som opbevarer værdipapirerne for pantsætter, går konkurs. Der er grund til at tro, at panthavere som betingelse for at yde lån vil kræve, at værdipapirerne opbevares på en måde, som minimerer disse risici mest muligt.

Sikring mod, at pantets værdi forsvinder ved *opbevarerens konkurs*, kan ske ved, at værdipapirerne flyttes til en individuel konto i Værdipapircentralen. Værdipapircentralen må anses for »konkurssikker«, og det kontoførende instituts eventuelle konkurs påvirker ikke pantsætters ret til den individuelle konto. I tilfælde, hvor det ikke er muligt at opbevare værdipapirerne på en individuel konto, eksempelvis fordi en del af værdipapirerne er udenlandske (dvs. ikke er udstedt gennem Værdipapircentralen), må det forventes, at panthaver vil forlange, at værdipapirerne opbevares på en samlekonto hos en nominee, hvis hjemlands konkurslovgivning sikrer pantsætter (og dermed panthaver) separatiststatus i tilfælde af nominees konkurs.<sup>43</sup> I denne sammenhæng er det næppe nok for den danske

43. Opbevarer pantsætter alene værdipapirer til en værdi på højst 20.000 euro hos en dansk nominee, vil pantsætter (og dermed panthaver) i tilfælde af manglende separatiststatus i nominees konkursbo kunne kræve dækning af Indskydergarantifonden, jf. indskydergarantifondslovens § 11. Det samme gælder ved opbevaring af sådanne mindre beholdninger i en dansk filial af en udenlandsk nominee med hjemsted i EU, forudsat filialen er tilsluttet Indskydergarantifonden, jf. indskydergarantifondslovens § 11, jf. § 4. I øvrigt har de øvrige EU-lande tilsvarende garantiordninger, jf. afsnit 1 om direktiv 97/9. Der bortses i dette afsnit fra pantsætning af sådanne mindre beholdninger, da der næppe er international konkurrence om at fungere som nominee ved pantsætning af sådanne.

finansielle sektor at kunne fremlægge en »legal opinion« om dansk ret, hvis konklusion er, at retstilstanden *formentlig* er som beskrevet ovenfor, men hvis endelige indhold vil blive fastlagt af domstolene. Andre stater såsom de amerikanske har langt mere forudsigelighed at tilbyde panthavere.

For at minimere risikoen ved *pantsætters konkurs*, må det endvidere forventes, at panthaver vil kræve, at den konto, som værdipapirerne opbevares på, tingsretligt undergives en lovgivning, hvis regler om sikringsakt er klare og ikke giver panthaver praktiske problemer. Den endnu ikke i dansk ret gennemførte Haagerkonvention (omtalt i afsnit 1) giver mulighed for, at kontohaver (pantsætter) og den person, som opbevarer værdipapirerne, selv kan vælge, hvilken lovgivning kontoen skal være undergivet i tingsretlig henseende. Parterne kan dog alene vælge lovgivningen i en stat, hvor den person, som opbevarer værdipapirerne, har kontor. Da Værdipapircentralen kun har kontor i Danmark, kan en individuel konto i pantsætters navn således alene undergives dansk ret. Denne begrænsning i lovvalgsmulighederne kan imidlertid let undgås, idet pantsætter blot kan lade en bank, som har

kontor i den stat, hvis lovgivning ønskes, registrere som kontohaver (nominee) i Værdipapircentralen. Herefter anses værdipapirerne for opbevaret af nominee, hvorfor kontoen kan undergives den ønskede lovgivning. Det bemærkes, at pantsætter allerede efter de gældende regler reelt frit kan vælge, hvilken lovgivning værdipapirerne tingsretligt skal undergives, da pantsætter kan vælge at få sin værdipapirkonto ført i en bank i den stat, hvis lovgivning ønskes. Uklarhederne i dansk ret om kravene til individualisering og sikringsakt kan således medføre, at dansk ret fravælges ved pantsætning af værdipapirer.

Et parameter i den internationale konkurrence mellem finansielle virksomheder, der tilbyder at føre værdipapirkonti for andre, er klare og forudsigelige retsregler. Hvis man ønsker, at pantsatte værdipapirer fremover skal opbevares af danske finansielle virksomheder på konti undergivet dansk ret, må det derfor anbefales, at der gennemføres en lovgivning med klare og forudsigelige regler om kravene til individualisering og sikringsakt ved rettighedsstiftelse over værdipapirer.

# En skyldners adgang til at stille kontrapant for en begrænset hæftende kautionists regreskrav

Af Ph.d.-stipendiat PIA MOLTKE JENSEN

## 1. Indledning

Ved konkursloven af 1977 indførtes en regel om kautionisters ret til at anmelde deres regreskrav i en konkursramt skyldners bo, såfremt der af skyldnerens formue var stillet kontrapant over for bl.a. en kautionist, Konkurslovens § 50. Bestemmelsen, som ikke fandtes lignende i den tidligere konkurslov, lyder som følger:

*»Har en medskyldner sikkerhed i skyldnerens ejendom for sit regreskrav, og anmeldes hovedfordringen i boet, nedsættes medskyldnerens ret til at benytte sikkerheden med det beløb, der udbetales fordringshaveren som dividende af den del af hovedfordringen, der svarer til den sikrede del af regresfordringen«.*

I overensstemmelse med et af de hensyn der ligger bag bestemmelserne i konkurslovens kap. 6 – at en fordring kun må belastes boet en gang – er tankegangen i § 50, at kreditor bevarer den fulde anmeldelses- og dividenderet på bekostning af kautionistens adgang til at benytte kontrapantet fuldt ud.

### Eksempel 1:

Kreditor har en fordring på 100.000 kr. på skyldneren, og der er begrænset kaution for 30.000 kr. med et kontrapant af samme værdi fra skyldneren. Boet giver 10% i dividende, og kreditor får jfr. Kl. § 47, stk. 1, nr. 1, 10.000 kr. fra boet og 30.000 kr. af kautionisten. Kautionisten kan nu kun benytte 30.000 kr. fratrukket 10%, i alt 27.000 kr., til dækning af sit regreskrav. Derved bliver boet belastet med i alt 37.000 kr..

af en fordring på 100.000 kr. Såfremt pantet var stillet direkte over for kreditor, ville kreditor pga. Kl. § 46 kun kunne anmelde 70.000 kr., hvilket ville give en bobelastning på 37.000 kr. i alt: 30.000 kr. fra pantet og 7.000 kr. i dividende. Bobelastningen bliver altså den samme, hvad enten pantet er stillet over for kautionisten eller kreditor.

Konkurslovens § 50 er i sagens natur kun relevant i det omfang, der er tale om en kaution, der hæfter for en begrænset del af hovedfordringen, idet det følger af de almindelige regler om subrogation, at kautionisten indtræder i kreditors anmeldelsesret, hvis der er fuldstændig kaution. Men når konkurslovens § 50 har en bestemmelse om reducere af kautionistens eventuelle panteret i tilfælde af skyldnerens konkurs, forudsættes det derved, at skyldneren i et eller andet omfang er berettiget til at stille kontrapant til sikring af kautionistens regreskrav.

*Artiklens hovedformål* er at undersøge, i hvilket omfang skyldneren er berettiget til at stille et kontrapant for en kautionists regreskrav – herunder hvilke konsekvenser det bør have, såfremt skyldneren stiller kontrapant i situationer, hvor det ikke er berettiget.

## 2. Tidligere teori og praksis

### 2.1. Julius Lassen

En af de første gange emnet berøres, er i TfR 1917.115 ff. Det er en artikel af Julius Lassen om kunstige kreditorbegunstigelser, og i lyset heraf behandles spørgsmålet om skyldnerens adgang til at stille kontrapant over for en tabskau-

tionist i tilfælde af skyldnerens konkurs. Ved gennemgangen af Lassens synspunkter skal det holdes for øje, at reglerne om anmeldelsesret i skyldnerens konkursbo var anderledes end dem, der i dag følger af kap. 6 i konkursloven af 1977. Efter konkursloven af 1872 kunne en *selvskyldnerkautionist* eller en *simpel kautionist* skaffe sig dividenderet i skyldnerens bo ved at indfri en del af kreditors fordring i modsætning til, hvad der i dag er gældende efter konkursloven § 47. Derimod kunne *kreditor* sikre sig den fulde anmeldelsesret i skyldnerens bo, såfremt kreditors fordring var delvist sikret ved tabskaution. Derfor var tabskautionen en mere udbredt kautionsform efter den gamle konkurslov, end efter den nye.

Lassens udgangspunkt for undersøgelsen af skyldnerens adgang til at stille kontrapant over for et regreskrav af egen formue var følgende kreditorbegunstigelsessituation: *Skyldneren har en forretning, der i drift altid vil ligge med en del aktiver. Kreditor giver skyldneren et lån på 100.000 kr. og får samtidig stillet en tabskaution af tredjemand på 50.000 kr. Skyldneren giver herefter tabskautionisten kontrasikkerhed i værdier, der er taget fra lånet fra kreditor. Såfremt kautionisten giver kreditor pantet til sikkerhed for kautionsforpligtelsen, er pantet i realiteten endt hos kreditor.*

Konsekvenserne af ovenstående hændelsesforløb ville ifølge Lassen blive, at boet ville blive belastet dobbelt på trods af den daværende § 130 (der i dag til dels dækkes af den nuværende konkurslovs § 46<sup>1</sup>). Kreditor ville i så fald kunne anmelde 100.000 kr. og få dividende heraf samtidig med, at det stillede pant ville gå ubeskåret til kreditor. I tilfælde af skyldnerens konkurs ville taberne i denne konstruktion være de øvrige bokreditorer. Lassen vil derfor opstille

1. Kl. § 46: »Opnås gennem pant eller anden sikkerhedsret i skyldnerens ejendom delvis dækning for en fordring mod skyldneren, gives i boet kun dividende af restfordringen.«

den regel, at pantsætning af skyldnerens midler til sikkerhed for en *tabskautionists* regreskrav over for *skyldnerens bo* kun kan virke som en pantsætning til fordel for kreditor til sikring af hovedfordringen. Derved kan der ikke ske en omgåelse af reglen i den daværende konkurslov § 130 (i dag til dels § 46). Den opstillede regel skal gælde uafhængigt af, om pantet af skyldneren eller kautionisten er overgivet til kreditor til sikkerhed for kautionen, eller om pantet af skyldneren overgives til kautionisten for at forblive hos ham til sikkerhed for regreskravet. Derudover mener Lassen ikke, at den opstillede regel skal påvirkes af kreditors viden om arrangementet, da det ikke gør nogen forskel for konkursboet, idet pantets værdi i det nævnte eksempel udgår af boets formue til dækning af kreditors udlån.<sup>2</sup> Ifølge Lassen kan der altså ikke – af hensyn til skyldnerens bo – stilles kontrapant over for en *tabskautionists* regreskrav.

Lassen mener dog, at en kautionist i almindelighed kan betinge sig panteret over skyldnerens formue til sikkerhed for sit regreskrav, selv om boet derved kan komme til at yde mere end ellers efter konkurslovens § 130 (§ 46).<sup>3</sup> Ifølge Lassen skyldes det, at kontrapantsætningen ikke vil være direkte rettet mod konkurslovens § 130 (§ 46) pga. de ovennævnte forskelle i anmeldelsesreglerne ved begrænset kaution – både selvskyldner- og simpel kaution – og tabskaution. I modsætning hertil vil kontrapant af skyldnerens formue over for en tabskautionists regreskrav dog altid ifølge Lassen være en omgåelse – enten i forhold til konkurslovens regler og dermed boet eller i forhold til den kautionssikrede kreditor. Det er en omgåelse i forhold til konkurslovens § 130 (§ 46), hvis kontrapantet for tabskautionists regreskrav i sidste ende i realiteten skal lande hos kreditor. Hvis pantet skal forblive hos tabskautionisten, vil det derimod

2. TfR 1917, s. 118.

3. Hvilket nu er forhindret ved konkurslovens § 50, stk. 1.

være en omgåelse i forhold til kreditor. Ved at indskyde en tabskaution får kreditor en forestilling om at få en gunstigere retsstilling end den, han virkelig får, idet der nu af skyldnerens formue er udgået værdier i form af kontrapant til tabskautionisten (og kreditors anmeldelsesret reduceres derved tilsvarende). Lassens behandler i sin artikel kun adgangen for skyldner til at stille kontrapant af sin formue over for kautionistens regreskrav i forhold til *boet*, men ikke i forhold til *kreditor*.<sup>4</sup>

## 2.2. U 1931.936 Ø med kommentarer

U 1931.936 Ø gav anledning til, at spørgsmålet om kontrapant af skyldnerens formue atter blev taget op. Firmaet Kompagniet (K) påtog sig i sommeren 1926 at levere kul, koks m.v. til købmand S mod en udstrakt kredit. For denne kredit ønskede K at få en tabskaution på 10.000 kr. fra en af K anerkendt bank. Da S ikke selv var i stand til at skaffe tabskautionen, fik han købmand M til at stille sikkerhed over for banken. Forholdet blev ordnet på den måde, at banken stillede begrænset tabskaution for 10.000 kr. samtidig med, at købmand M til banken afgav erklæring om, at han havde deponeret en bankbog, som skulle tjene banken som håndpant til sikkerhed for bankens regreskrav i anledning af tabskautionen. Til gengæld for dette fik købmand M af købmand S lovning på en provision på 2.500 kr. I foråret 1927 fornemmede K, at det gik den forkerte vej med købmand S' økonomi, og K foreslog derfor S, at S skulle overdrage sit lager til K for kostpris samt transportere sine udestående fordringer til K, hvilket skete med d.

4. *Virkningen* af stillet kontrapant til kautionisten i forholdet mellem kautionisten og kreditor berøres dog. Det, der behandles, er refleksvirkningen af, at kautionisten ikke i forhold til konkursboet kan få stillet et kontrapant, selv om kreditor er uvidende om arrangementet. I så fald ifaldt kautionisten et erstatningsansvar over for kreditor pga. den begrænsede anmeldelsesret, kreditor får som følge af Lassens opstillede regel.

30.4. 1927 som skæringsdato. Efter salg af varelager og inddrivelse af fordringerne – herunder også en udestående fordring på købmand M på 12.760 kr. – var K's tab på i alt 21.647 kr. En måned forinden betalte M 10.000 kr. til banken til afskrivning på sin gæld til S, men som samtidig skulle sikre frigivelsen af købmand M's kautionsforpligtelse. Bankens spurgte S, om han var indforstået med arrangementet, hvilket S erklærede sig enig i, og beløbet blev deponeret i banken, nu til sikkerhed for bankens tabskaution. Herved var forholdet det samme, som havde S stillet direkte kontrapant over for banken. K ville ikke acceptere dette arrangement og anlagde sag. Under sagen gjorde K gældende, at dette arrangement i virkeligheden måtte sidestilles med sikkerhedsstillelse fra S' side, hvilket måtte være i strid med tabskautionens naturlige forudsætninger, og at S ikke var berettiget til at stille sikkerhed, der udelukkende hidrørte fra de værdier, der var leveret ham fra kreditor til videreforhandling, især ikke når hans økonomiske sammenbrud var nært forestående. Derfor påstod K sig, foruden tabskautionen, primært tilkendt dels 10.000 kr., som var deponeret til sikkerhed for tabskautionen med renter, dels ca. 2.200 kr., som udgjorde M's restskyld til S. Heri fik K ikke medhold, idet han kun fik tilkendt de 10.000 kr. fra banken, som denne havde stillet som tabskaution. Landsretten anførte bl.a. i sine præmisser, at K måtte være forberedt på, at banken ved afgivelsen af kautionsløftet måtte kræve fornøden dækning for sin risiko, og at denne risiko i sidste ende måtte tilsvares af købmand S. Derudover blev det anført, at en tabskaution under de givne forhold ikke kunne anses for værende illusorisk, idet K i tilfælde af S's økonomiske sammenbrud var sikret tilstedeværelsen af beløbet på tabskautionen.

Dommen gav anledning til en diskussion i litteraturen af, hvorvidt skyldneren er berettiget til at stille kontrapant for en tabskautionists regreskrav. Niels Clementsen udtaler i U 1932 B 75 kritik af dommen, hvis resultat, han mener, er

krænkende for den almindelige retsfølelse. Efter hans mening bliver konsekvensen af dommen, at den risiko for skyldnerens økonomiske nedtur, som en tabskautionist påtager sig, genforsikres hos hovedmanden ved det stillede kontrapant, som i sidste ende lander hos kreditor. Derved mener han, at hele ideen med at have en tabskautionist er gået tabt, idet man som kreditor i mange tilfælde ikke vil være bedre stillet med en tabskautionist med kontrapant fra skyldneren, end med slet ingen kautionist til stede. Derfor er det efter Clementsens opfattelse uberettiget at stille kontrapant af skyldnerens formue over for tabskautionistens regreskrav. Såfremt der alligevel stilles pant, må pantsætningen kunne rammes af aftalelovens § 33. Clementsen er enig med Lassen i, at konsekvensen af en uberettiget kontrapantsætning i forhold til *skyldnerens eventuelle konkursbo* er at betragte som en pantsætning til fordel for kreditor til sikring af hovedfordringen. I forholdet mellem *kreditor og kautionisten* mener Clementsen dog, at kreditor kun kan kræve at blive stillet, som om pantsætningen aldrig har fundet sted. Det vil have betydning i de tilfælde, hvor der er andre kreditorer end den kautionssikrede (og eventuelt også i forhold til tabskautionistens dækning af regreskravet).

Ussing kommenterer dommen i U 1932 B 156. Han er som udgangspunkt enig med Lassen i, at en kautionists regreskrav mod en skyldner kan være sikret i pant fra dennes formue. I modsætning til Lassen tager Ussing sit udgangspunkt i samtlige kautionstilfælde, hvor kautionisten hæfter for »den sidste Ende af Gælden«, dvs. både tabs- og begrænset kaution. I disse tilfælde mener Ussing, at der opstår en særlig fare for *kreditors interesser*, når kautionisten efter kautionsforholdets stiftelse kan få sikkerhed i skyldnerens formue for sit regreskrav, da skyldneren, hvis denne forudser sit snarlige økonomiske sammenbrud, vil være fristet til at skadesløsholde kautionisten via kontrapantet i stedet for kreditor. Den eneste effektive måde at hindre noget sådant på er ifølge Ussing at afskære kau-

tionister med begrænset ansvar fra at modtage midler fra skyldnerens formue efter kautionsstiftelsen uden kreditors samtykke.

Den overvejende del af Ussings artikel behandler dog kun kontrapant over for tabskautionisten. I disse tilfælde er Ussing af den opfattelse, at hensyn til kreditor gør, at man ikke over for en tabskautionist kan stille kontrapant af skyldnerens formue efter kautionsforholdets stiftelse, og at det af det nævnte hensyn til kreditor ikke kun gælder i konkurstillfælde, men i alle tilfælde. Ussing er dog opmærksom på, at denne regel ikke blev anerkendt i U 1931.936 Ø, og at den er særlig vidtgående. Derfor må man for at værne kreditor opstille mindre vidtgående regler. Udgangspunktet for opstillingen af en sådan regel er ifølge Ussing, at det er i strid med tabskautionens naturlige forudsætninger, at selve de værdier, som leveres hovedmanden på kredit netop på grund af tabskautionen, benyttes til at sikre tabskautionistens regreskrav. Til eksempel fremhæves den situation, at der er stillet tabskaution for en del af en blancokredit. Straks herefter giver skyldneren 10.000 kr. af de 20.000 kr. fra kreditten til kautionisten. Hvis banken er den eneste større kreditor, vil det jo nærmest være det samme, som hvis banken havde givet en kredit på 10.000 kr. til skyldneren uden sikkerhed. Ussings knap så vidtrækkende lære kommer derfor til at gå ud på, at *tabskautionisten over for kreditor må være uberettiget til at opnå sikkerhed ved hjælp af selve de værdier, som betros skyldneren på grund af tabskautionen*. Det må ifølge Ussing gælde, selv om hovedmanden var solvent, da han gav tabskautionisten sikkerheden.

Nebelong<sup>5</sup> omtaler tillige U 1931.936 Ø. I modsætning til Ussing tager Nebelong udgangspunkt i alle kautionsforhold, hvor der er begrænsning i kautionistens ansvar, dvs. hvor der er stillet delkaution.

5. *Bent Nebelong*: Om Forløfte (1948), s. 148.

### 2.3. U 1953.799 H med kommentarer

I 1953 kom spørgsmålet om kontrapant af skyldnerens formue over for en begrænset kautionist for Højesteret. En fabrikant (F) havde den 5. april 1948 hos en bank opnået en kassekredit på 30.000 kr. samtidig med, at 3 kautionister K påtog sig tabskaution over for banken, dog således at deres ansvar ikke kunne overstige 15.000 kr. F gav samtidig K – til dækning af kautionsforpligtelsen – transport på sit tilgodehavende hos en kunde for senere vareleverancer, og heraf havde K modtaget 10.000 kr. Dette beløb var indsat på en særlig spæringskonto i K's navn, inden F den 6. januar 1949 blev erklæret konkurs. Banken var uvidende om denne transport. Boet anlagde sagen mod K og påstod principalt de 10.000 kr. indbetalt til boet, subsidiært det beløb, hvormed dividenden i konkursboet ville være blevet forøget, såfremt de 10.000 kr. var blevet betalt til banken. Til støtte for sin principale påstand anførte boet, at betalingen af kontrapant til K var en betaling, der måtte anses for værende i strid med reglerne om tabskaution, idet beløbet skulle anvendes til fyldestgørelse af kreditorerne. Banken indtrådte som hovedintervenient og påstod de 10.000 kr. betalt til sig. I landsretten blev K frikendt for boets krav, men pålagt erstatningsansvar over for banken lydende på den yderligere dividende, banken ville have opnået i konkursboet, såfremt de 10.000 kr. ikke var blevet betalt til K. I Højesteret blev hverken boets principale eller subsidiære påstande taget til følge, idet der i det af boet fremførte ikke fandtes at være grundlag for boets krav mod K. Et flertal på 6 dommere frifandt ligeledes K for bankens krav. Mindretallet ville følge bankens principale påstand og tilkende banken 10.000 kr. fra K.

I forholdet mellem kreditor (banken) og kautionisterne lagde flertallet i sin begrundelse vægt på, at kautionisterne ikke ved påtagelsen af kautionen (dvs. samtidig med de modtog transporten) havde grund til at antage, at F stod foran et økonomisk sammenbrud, eller at transporten

ville bringe hans likviditet i fare. Der blev tillige lagt vægt på, at banken havde afvist at få transporten som sikkerhed for kassekredit, at banken måtte regne med, at F ville benytte det pågældende tilgodehavende til at fremskaffe kautionister, og at banken ikke havde stillet krav i så henseende. Mindretallet ville frikende, idet K havde handlet i strid med kautionsforpligtelsen ved uden bankens viden at have skaffet sig dækning forud for banken i F's driftsindtægter. Mindretallet ville derfor tilkende banken 10.000 kr. som afdrag på kassekredit (altså det samme, som hvis pantet var stillet direkte over for kreditor).

Som det fremgår, tages der i dommen stilling til problemerne med kontrapant af skyldnerens formue både i forhold til konkursboet og i forhold til kreditor. Dommen er kommenteret af Lorenzen i TfR 1954.302. I forhold til *boets* påstand anfører Lorenzen, at en kautionist i almindelighed lovligt kan betinge sig sikkerhed hos skyldneren, og at der ikke er noget særligt stødende i, at han søger sig fyldestgjort heri, selv om kreditor anmelder hele sin fordring i skyldnerens bo. Lorenzen fremhæver, at Lassen vil gøre en undtagelse for tabskautionistens vedkommende, men at denne undtagelse vil være svær at opretholde. Ifølge Lorenzen går Lassen ud fra den forudsætning, at en tabskautionists forpligtelse kun bliver aktuel i tilfælde af skyldnerens konkurs, og at det netop er derfor, han ønsker at undtage tabskautionen fra retten til at modtage kontrasikkerheder fra skyldneren. For som Lassen skriver: »Arrangementets direkte Formaal er en imod Konkurslovens § 130 (§ 46) stridende Forringelse af Konkursboets Retsstilling.«<sup>6</sup> En kreditors tab må imidlertid kunne godtgøres på en anden måde over for en tabskautionist end ved konkurs, og derfor mener Lorenzen ikke, at der i forhold til hovedmandens bo bør gælde undtagelser i hovedmandens ad-

6. TfR 1954.304.

gang til at stille kontrapant over for en kautionist. Som anført støttes det også af resultatet i U 1953.799 H.

I forholdet mellem *kreditor og kautionisten* er Lorenzen enig med Højesteret i, at en kautionist med begrænset ansvar i et vist omfang er afskåret fra at skaffe sig sikkerhed hos skyldneren for sin regresfordring. Lorenzen er af den opfattelse, at hvis kautionisten skaffer sig denne kontrasikkerhed på et tidspunkt, hvor han forudså skyldnerens økonomiske sammenbrud, må kontrasikkerheden kunne tilsidesættes som stridende mod kreditors interesser og formålet med kaution.

### 3. Retstilstanden i dag

#### 3.1. Begrænsninger i

##### *adgangen til at stille kontrapant*

Efter tidligere teori og praksis er der jfr. ovenfor i det store hele enighed om, at der i et vist omfang kan stilles kontrapant over for en kautionists regreskrav af skyldnerens formue, men også at denne adgang i et eller andet omfang er begrænset. Når adgangen til at stille kontrapant skal undersøges nærmere, er det vigtigt at holde sig for øje, for hvem det er et problem, at der bliver stillet kontrapant og dermed, hvem eventuelle begrænsninger skal tage hensyn til og dermed skal beskytte.

Som det fremgår af afsnit 2.1, beskæftiger Lassen sig kun med kontrapant over for en tabskautionist i forhold til skyldnerens *konkursbo*, hvorimod dommene fra 1931 og 1953 tillige behandler spørgsmålet i forhold til den aktuelle *kreditor*. Som nævnt i afsnit 2.1 er Lassens udgangspunkt kreditorbegunstigelser i konkurssituationer. Hans pointe er, at i forhold til *konkursboet* og dermed de øvrige bokreditorer, vil det være en kunstig kreditorbegunstigelse, såfremt der af skyldnerens formue blev stillet kontrapant over for en tabskautionist. Den situation er i dag forhindret ved konkurslovens §§ 46 og 50 i kombination med anmeldelsesreglerne. Konkursboet lider altså ingen nød ved, at skyld-

neren stiller kontrapant af sin formue over for en kautionists regreskrav. Lassens argumenter for at begrænse skyldnerens adgang til at stille kontrapant over for en (tabs)kautionist kan således ikke anvendes i diskussionen af, hvorvidt man i dag skal opstille begrænsninger i skyldnerens adgang til at stille kontrapant. I dommen fra 1953 afviser Højesteret tillige, at det for konkursboet er noget problem, at der bliver stillet kontrapant af skyldnerens formue over for en (tabs)kautionist i forhold til, hvad der i øvrigt gælder om tabskaution.<sup>7</sup> Hertil kommer, at et kontrapant efter omstændighederne kan fordres omstødt efter reglerne i konkurslovens kap. 8, jfr. herom senere.

Når det således er konstateret, at det i forhold til *konkursboet* ikke er noget problem, at skyldneren stiller kontrapant af sin formue, kan man rette blikket mod den pågældende *kreditor*, som har fået den begrænsede kaution stillet som sikkerhed.<sup>8</sup> Kan det være hensyn til kreditor der gør, at der er begrænsninger i adgangen til at stille kontrapant? I modsætning til Lassen, ser Ussing på spørgsmålet om kontrapant af skyldnerens formue i lyset af forholdet mellem kreditor og kautionisten. Selv om han tager sit udgangspunkt i alle kautionsforhold, hvor kautionisten hæfter for den sidste del af gælden, indskrænkes artiklen hurtigt til kun at omtale kontrapant over for tabskautionisten. Grunden til at det i forholdet mellem kreditor og tabskautionisten kan være problematisk, at kautionisten får kontrapant af skyldnerens formue, kan illustreres med følgende eksempel:

7. Noget andet er, at en kautionists betalingspligt ofte kan blive aktualiseret af andet end skyldnerens konkurs, hvilke ville være ensbetydende med, at den deklaratoriske regel ville være baseret på en forudsætning, som ikke holdt stik.
8. Kaution, som på den ene eller anden måde er begrænset, herunder tabskaution.

## Eksempel 2:

Kreditor yder skyldneren en kredit på 100.000 kr. mod en tabskaution på 60.000 kr. Såfremt skyldneren nu stiller kontrapant over for kautionisten for hele kautionens beløb, er der kun 40.000 kr. tilbage i skyldnerens formue (under forudsætning af, at skyldneren ikke har andre aktiver). Har kreditor mulighed for at følge med i udviklingen af kreditgivning (det kunne fx være en bank, der er eneste større kreditor) og ønsker kreditor at gribe ind over for skyldneren førend tabet bliver for stort, vil denne kreditor opleve, at der i stedet for at være 40.000 kr. tilbage lige pludselig intet er. Det vil med andre ord svare til, at kreditor har ydet en usikret kredit på 40.000 kr., hvilket ikke er meningen med en begrænset tabskaution. En begrænset kaution har jo for kreditor netop den fordel, at kreditor kan handle ud fra, at han hos skyldneren kan inddrive den usikrede del af fordringen og resten hos kautionisten. Derved kan der opstå et problem, såfremt den begrænset hæftende tabskautionist får kontrapant af skyldneren.

Herved belyses det paradoksale i, at selv om kautionisten skal sikre kreditors tab, så er det kautionisten, der i sidste ende er årsagen til, at kreditor lider et tab. Såfremt kautionisten ikke havde modtaget kontrapantet, havde kreditor fået sit krav dækket. Derved kan man sige, at kontrapantet strider mod »tabskautionens natur«. Men i forholdet mellem kreditor og kautionisten kan det tillige udgøre et problem, at kautionisten får kontrapant af skyldnerens formue, selv om der ikke er tale om en tabskaution, men derimod en begrænset kaution.

## Eksempel 3:

Kreditor låner skyldneren 400.000 kr. og får begrænset kaution for 150.000 kr. Straks herefter giver skyldneren kautionisten kontrapant for 150.000 kr. Skyldneren bruger nu 200.000 kr., og der er således kun 50.000 kr. tilbage af de oprindelige 400.000 kr. Herefter kræver kreditor skyldneren og kautionisten. Hos skyldneren kan kreditor få 50.000 kr., og 150.000 kr. hos den begrænset hæftende kautionist, i alt 200.000 kr. Såfremt der ikke var givet kontrapant, kunne kreditor hos skyldneren kræve 200.000 kr. og 150.000 kr. hos kautionisten; i alt 350.000 kr. Der er med andre ord lidt et tab svarende til det stillede kontrapant. Derved er kautionen gjort illusorisk.

## Eksempel 4:

En kreditor yder skyldneren et lån på 100.000 kr., og kreditor får stillet en begrænset kaution på 60.000 kr. som sikkerhed. Skyldnerens forretninger går skiftevis op og ned. På et

tidspunkt kan skyldneren se, at det formentligt lakker mod enden, og han ønsker nu at sikre kautionisten. Derfor giver han kautionisten et kontrapant på 60.000 kr. Kreditor kan hos skyldneren ikke få dækning for nogen del af sin fordring, og kreditor ender således med kun at kunne inddrive kautionsbeløbet. Kautionisten er med andre ord blevet skadeløsholdt på bekostning af kreditor. Såfremt kontrapantet ikke var blevet stillet, kunne kreditor have opnået fuld dækning for sin fordring.

Som det fremgår af ovenstående eksempler, er kreditor sikret et mindre beløb pga. kontrapantet, såfremt skyldneren ikke er i stand til at indfri sine forpligtelser over for kreditor. Det gælder, uanset om der er tale om en begrænset kaution eller en tabskaution. Begrænsninger i adgangen til at stille kontrapant af skyldnerens formue over for en kautionists regreskrav skal derfor også inkludere de begrænset hæftende kautionister. Man kan spørge, hvorfor Ussing i sin artikel indsnævrer sine undersøgelser til at omfatte kontrapant stillet over for en tabskautionist.<sup>9</sup> En del af forklaringen kan være, at Ussing tager sit udgangspunkt i den situation, at kreditor er en opmærksom kreditor, som hele tiden holder sig orienteret om skyldnerens økonomi og derfor kan skride ind, når han hos skyldneren kan få præcis så meget, at den resterende del af fordringen kan dækkes ind af kautionisten.<sup>10</sup> Men heroverfor kan det anføres, at noget tilsvarende kan gøre sig gældende, selv om der er tale om en begrænset kaution.

Som det fremgår af eksemplerne 3 og 4, bliver kreditor økonomisk skuffet ved, at skyldneren har stillet kontrapant for kautionistens regreskrav. Årsagen til skuffelsen ligger i det for-

9. Det eneste, Ussing anfører om kontrapant over for en begrænset hæftende kautionist, er, at man for at imødegå, at skyldneren primært sikrer kautionisten på kreditors bekostning, skal opstille en deklaratorisk regel. Denne deklaratoriske regel skal gå ud på, at skyldneren efter kautionsforholdets stiftelse ikke er berettiget til at give kontrapant af sin formue, jfr. U 1932 B 157. Ussing anførte dog selv, at reglen formentligt ville række for vidt.

10. U 1932 B 158.

hold, at kreditor ved accepten af en begrænset kaution har haft/må antages at have haft en forudsætning om, at han hos skyldneren kunne inddrive den usikrede del af fordringen. Som det kan ses af eksemplerne, kan kreditor ikke få denne dækning, idet der er stillet kontrapant. Hvis ikke kreditor havde denne forudsætning, ville der heller ikke lides nogen økonomisk skuffelse. Derfor må det være interessen hos kreditor i at kunne inddrive den resterende del af fordringen, der skal afvejes over for interessen i at stille kontrapant, når begrænsningerne i adgangen til at stille kontrapant over for en begrænset hæftende kautionist skal opstilles.

Som nævnt i afsnit 2.2 anfører Nebelong, at behovet for at begrænse skyldnerens muligheder for at stille kontrapant over for en kautionist, også burde omfatte kontrapant over for en delkautionist. Heri er jeg ikke enig. Når der stilles delkaution, kan man egentlig betragte det pågældende skyldforhold som to fordringer, hvoraf den ene del er sikret. Når kreditor får en delkaution, har han derved også accepteret, at han har fuldstændig kaution for en del af fordringen,<sup>11</sup> mens han ingen sikkerhed har for den anden del af fordringen. Hvis delkautionisten modtager kontrapant fra skyldneren, er kreditor ikke ringere stillet, end hvis ikke pantet var udgået fra skyldnerens formue, idet delkautionisten ikke nødvendigvis hæfter for den sidste del af gælden, som det er tilfældet for en begrænset kautionist, der hæfter for hele gælden men med et begrænset beløb.

Vil man helt forhindre, at skyldneren sikrer kautionisten frem for kreditor, og at kreditor derved lider et tab – i forhold til hvis ikke kontrapantet var stillet – må man nægte skyldneren adgang til at stille kontrapant over for en tabskautionist og kautionister, der hæfter begrænset. En sådan begrænsning ville imidlertid skyde

langt over målet. *For det første* er der i det praktiske erhvervsliv et behov for kautionister, og det bliver alt andet lige sværere at få personer til at stille kaution, såfremt der ikke var mulighed for at sikre regreskravet ved kontrapant, som jo i sidste ende nødvendigvis må komme fra skyldneren. Derfor kan man sige, at et langt stykke hen ad vejen, er det tillige i kreditors interesse, at man kan sikre kautionisters regreskrav med kontrapant fra skyldneren. *For det andet* kan man sige, at selv om kautionen ikke i de opstillede eksempler har nogen værdi, så er kautionen dog aldrig illusorisk, forudsat at kautionisten kan opfylde sin økonomiske forpligtelse. Kreditor vil i så tilfælde altid være sikret et beløb svarende til kautionens størrelse,<sup>12</sup> i modsætning til, hvis kreditor slet ingen kaution havde, og skyldneren havde brugt alle de midler han i øvrigt besad. *For det tredje* kan det anføres, at skyldneren ville have mulighed for at stille pantet over for en hvilken som helst anden person, eller bruge det, som anført ovenfor. Disse argumenter taler klart for, at der i et vist omfang bør tillades skyldneren at stille kontrapant af sin formue overfor kautionistens regreskrav.

Afgørende for begrænsningens omfang må være, i hvilke situationer kreditors forventning om at kunne inddrive den ikke kautionssikrede del af fordringen hos skyldneren, vejere tungere end de ovenfor anførte argumenter for at tillade kontrapant. Eller sagt med andre ord, hvornår kreditors forventninger vejer tungere end den gennemsnitlige interesse i at stille kontrapant.

Hvis kontrapantet stilles ved kautionsforholdets stiftelse, kan kreditors forventninger ikke veje tungere end den gennemsnitlige interesse i at stille kontrapant. Som det blev anført i dommen fra 1932, må kreditor være forberedt på, at kautionisten ved afgivelsen af kautionsløftet vil kræve fornøden dækning for sin risiko, og at

11. Hvor det jfr. ovenfor ikke er noget problem med kontrapantet pga. subrogationsretten.

12. Tillige et argument, der er blevet anvendt i Østre Landsrets begrundelse for resultatet i U 1931.936 Ø.

denne risiko i sidste ende skal dækkes af skyldneren. Kreditor kan med andre ord ikke med rette forvente, at kautionisten *ikke* ville få den sikkerhed. Og netop fordi kreditor i den angivne situation må være forberedt på, at kautionisten *kan* få stillet kontrapant, behøver sikkerhedsstillelsen heller ikke ske åbent over for kreditor.<sup>13</sup> Såfremt kreditor ved kautionsforholdets stiftelse ønsker vished om, hvorvidt der er stillet kontrapant, kan han rette henvendelse til skyldneren eller kautionisten, som ud fra en loyalitetsforpligtelse har pligt til at svare.

På tidspunktet for kautionens stiftelse er skyldneren altså berettiget til at stille kontrapant af sin formue over for en kautionist, der hæfter begrænset. Men har skyldneren en tilsvarende adgang til at stille kontrapant, når først kautionsforholdet er etableret? I tilfælde hvor skyldneren er insolvent, eller han er/burde være i stand til at forudse sit økonomiske sammenbrud<sup>14</sup> – et kvalificerende insolvenstilfælde – er det givet, at skyldneren ikke bør være givet en adgang til at stille kontrapant af sin formue. Når skyldneren stiller kontrapant over for kautionisten i en sådan situation, vil det i langt de fleste tilfælde være et bevidst valg om at sikre kautionisten frem for kreditor. Heller ikke selv om skyldnerens intentioner ikke er at besvige kreditor ved at stille et kontrapant over for kautionisten, kan kontrapant tillades. Det er jo den gennemsnitlige interesse i at stille kontrapant, der afvejes mod kreditors forventninger om at kunne inddrive det ikke kautionssikrede beløb hos skyldneren.

Tilbage står de situationer, hvor kautionsforholdet er etableret, og hvor skyldnerens økonomiske situation stadig er fornuftig. Har skyldne-

ren i disse tilfælde adgang til at stille kontrapant for kautionistens regreskrav? Som anført ovenfor har skyldneren altid mulighed for at stille kontrapant over for en anden kautionist eller bruge midlerne til et andet formål, fx forbrug. Det trækker klart i retning af, at skyldneren kan vælge at bruge de samme midler til at sikre kautionisten. På den anden side kan det anføres, at kautionisten over for netop »sin kreditor« har en loyalitetsforpligtelse som gør, at han ikke på kreditors eventuelle bekostning kan modtage sikkerheder fra skyldneren, selv om alt tilsyneladende går godt. Ydermere går tendenserne i retning af en øget beskyttelse af kreditors dækningsmuligheder, hvilket kommer til udtryk i reglerne om kreditors anmeldelsesret i konkurslovens §§ 47-51 i tilfælde af konkurs.

Ikke desto mindre er jeg af den opfattelse, at en begrænsning i skyldnerens adgang til at give kontrapant af sin formue for kautionistens regreskrav på det omtalte tidspunkt ville række for vidt. *For det første* har argumentet om øget kreditorbeskyttelse i konkursloven ikke afgørende vægt i denne sammenhæng, allerede af den grund, at kautioner kan aktualiseres af andet end skyldnerens konkurs. *For det andet* kan kautionistens loyalitetsforpligtelse heller ikke række så langt, at kautionisten ikke i disse situationer kan modtage kontrapant for sit regreskrav af skyldnerens formue. Netop fordi skyldnerens økonomi på det omhandlede tidspunkt ikke er alarmende, kan formålet med at sikre kautionistens krav ikke siges at måtte vige for en pligt til at tilgodese kreditors interesser.<sup>15</sup> Derfor bør skyldneren være berettiget til at stille kontrapant over for kautionistens regreskrav efter kautionsforholdets stiftelse, men forinden skyldneren er/burde være i stand til at kunne forudse sin

13. Muligvis modsætningsvis *Halfdan Krag Jespersen og Asbjørn Grathe*: Kaution, garantier, indeståelser, et cetera, 2. udgave, s. 162.

14. Ved at lægge vægt på skyldnerens viden frem for kautionistens viden om den økonomiske situation, flytter man det gyldige pantsætningstidspunkt endnu længere tilbage end anført af fx Lorenzen i Tfr 1954.304.

15. Se i modsætning hertil *Halfdan Krag Jespersen og Asbjørn Grathe*: Kaution, garantier, indeståelser, et cetera, 2. udgave, s. 162.

økonomiske nedtur.<sup>16</sup> Såfremt kreditor ønsker at sikre sig mod denne situation, er det op til ham at sikre sig dette ved aftale med enten skyldneren eller kautionisten.

Som anført ovenfor i afsnit 2.2, går Ussings lære ud på, at (tabs)kautionisten over for kreditor er uberettiget til at opnå sikkerhed ved hjælp af selve de værdier, som betros skyldneren på grundlag af (tabs)kautionen. Der er ovenfor argumenteret for, at der i en lang række tilfælde kan stilles kontrapant af skyldnerens formue til sikring af kautionistens regreskrav. I de tilfælde, hvor skyldneren undtagelsesvis ikke kan stille kaution – i de kvalificerede insolvenstilfælde – må forbuddet mod at stille kontrapant gælde hele skyldnerens formue, og ikke kun de værdier, der er leveret ham på baggrund af kautionen. Når Ussing vil begrænse adgangen til at stille kontrapant af disse værdier, skyldes det nok som ovenfor anført, at Ussing som forudsætning antog, at kreditor var opmærksom på skyldnerens økonomi i kraft af sit eget arrangement med skyldneren, og at han derfor kunne gribe ind, når han mente, at tabet blev for stort.<sup>17</sup> Men for at denne forudsætning er holdbar, kræver det, at kreditor er den eneste større kreditor, for i det omfang skyldneren har andre pengemæssige relationer, kan kreditor ikke længere bruge sit eget arrangement som indikator for, hvordan det går. Det kan imidlertid ikke antages at være en holdbar forudsætning for kautionsforhold i dag, og da en regel med modsatte indhold tillige ville være svær at håndhæve/kontrollere, må begrænsningen i skyldnerens adgang til at stille kontrapant af sin formue gælde hele skyldnerens formue, og ikke kun de værdier, der er leveret til ham på baggrund af kautionen.

16. En regel med det modsatte indhold ville dog efter omstændighederne være nemmere at håndtere i praksis, men det er ikke tilstrækkeligt som argument for at lave en yderligere begrænsning i adgangen til at stille kontrapant.  
17. *Halfdan Krag Jespersen og Asbjørn Grathe: Kaution, garantier, indeståelser, et cetera*, 2. udgave, s. 163.

### 3.2. Begrænsningens konsekvenser

Det følger af det ovenfor anførte, at der bør gælde en begrænsning i skyldnerens adgang til at stille kontrapant over for en kautionists<sup>18</sup> regreskrav, når skyldneren er i et kvalificeret insolvenstilfælde. Spørgsmålet er, hvilke konsekvenser det bør få, såfremt skyldneren alligevel stiller kontrapant i en situation, hvor han ikke havde adgang hertil. Skal det stillede kontrapant komme den kautionssikrede kreditor til gode, eller skal pantet føres tilbage til skyldneren?

Udgangspunktet må være, at det stillede kontrapant skal komme kreditor til gode. Det må følge allerede af den omstændighed, at dersom pantet havde været stillet overfor en hvilken som helst anden person, ville der ikke have været mulighed for at føre pantet tilbage. Begrænsningen i adgangen til at stille kontrapant er jo netop kun begrundet i forholdet mellem den kautionssikrede kreditor og kautionisten.

De tilfælde, der rammes af begrænsningen – de kvalificerede insolvenstilfælde – vil imidlertid ofte blive fanget af reglerne om omstødelse i konkurs, jfr. konkurslovens kapitel 8. Hvad er da opnået ved den anførte begrænsning – og den heraf følgende mulighed for at føre pantet tilbage – i forhold til konkurslovens omstødsregler? Der er opnået det, at man direkte på baggrund af begrænsningen og med hjemmel i det foran anførte kan føre et af skyldneren ulovligt stillet kontrapant tilbage, uden at skulle ty til konkursinstituttet og dets omstødsregler. Det er altså både proces- og tidsbesparende.

Der kan dog opstå en konflikt i de tilfælde, hvor kontrapantet kan føres tilbage til kreditor med hjemmel i det foran anførte og hvor der tillige kan ske omstødelse af pantet efter konkurslovens regler. Omstødelse efter konkursloven kommer som udgangspunkt boet til gode – også selv om sagen er ført af en enkelt kredi-

18. En kautionist, der hæfter begrænset.

tor,<sup>19</sup> jfr. konkurslovens § 137 – hvorimod pantet skal føres tilbage til kreditor, såfremt det er givet i strid med ovenstående begrænsning. Hvem skal da have tillagt sig pantets værdi i tilfælde af konkurs – boet eller den kautionssikrede kreditor? Resultatet, som ikke er åbenbart, skal formentlig finde sin begrundelse i princippet om *lex specialis*. Den ovennævnte begrænsning finder sin begrundelse i det særlige forhold, der består mellem en kautionssikret kreditor og kautionisten, hvorimod konkurslovens omstødesregler er begrundet i et mere overordnet hensyn til hele kreditormassen. Hertil kommer, at omstødelse rent faktisk er sket til fordel for enkelte kreditorer (panthaver), se bl.a. U 1983.943 V og U 1967.86 H. Derfor bør pantet i tilfælde af konkurs kunne føres tilbage til den kautionssikrede kreditor.

#### 4. Konklusion

Udgangspunktet for undersøgelsen er konkurslovens § 50. Denne bestemmelse giver en regel om kautionistens anmeldelsesret i tilfælde af skyldnerens konkurs, såfremt der af skyldnerens

formue er stillet kontrapant for kautionistens regreskrav. Artiklens formål er at undersøge, om der gælder begrænsninger i denne adgang til at stille kontrapant over for en begrænset hæftende kautionist. Efter en gennemgang af det foreliggende materiale kan det konkluderes, at det bør være skyldneren tilladt at stille kontrapant over for en begrænset hæftende kautionist – herunder en tabskautionist – ved kautionsforholdets stiftelse og senere, såfremt skyldneren ikke på det pågældende tidspunkt var/burde være i stand til at forudse sit økonomiske sammenbrud – et kvalificeret insolvenstilfælde. I kvalificerede insolvenstilfælde, bør skyldneren ikke have adgang til at stille kontrapant.

Såfremt skyldneren alligevel stiller kontrapant for kautionistens regreskrav i strid med begrænsningen, må pantet med hjemmel i begrænsningen kunne føres tilbage til den kautionssikrede kreditor. Uanset om tilbageføringen af pantet/omstødelsen sker i eller uden for konkurs, vil pantets værdi skulle komme den enkelte kreditor til gode.

19. Se tillige *Halfdan Krag Jespersen og Asbjørn Grathe: Kaution, garanti, indeståelser, et cetera*, 2. udgave, s. 164.

# Straffeprocessuelle initiativer mod rockerkriminalitet mv.

Af kontorchef ANNE KRISTINE AXELSSON, Justitsministeriet,  
og advokatfuldmægtig LISE LAURIDSEN

Artiklen vedrører de ændringer, der er gennemført ved lov nr. 436 af 10. juni 2003. Loven har til formål at forbedre politiets efterforskningsmuligheder for at sikre en effektiv bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet.

I artiklen gennemgås de ændringer i retsplejelovens regler om agentvirksomhed mv. og om forsvarerens (og dermed sigtedes/tiltaltes) adgang til aktindsigt, der med lovens vedtagelse blev gennemført. Endvidere omtales de ændringer, der er gennemført i retsplejeloven for yderligere at forbedre politiets muligheder for i forbindelse med efterforskning af alvorlig kriminalitet at anvende indgreb i meddelelsehemmeligheden og dataaflysning. Endelig omtales udvidelsen af bestemmelsen i straffelovens § 76 a om såkaldt udvidet udbyttekonfiskation.

## 1. Indledning

1. Justitsministeren fremsatte den 23. april 2003 et forslag til lov om ændring af straffeloven og retsplejeloven.<sup>1</sup> Lovforslaget var et af en række initiativer til bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet fra justitsministeren i 2003. Lovforslaget blev udarbejdet på

1. Jf. lovforslag L 218 af 23. april 2003, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6696.

grundlag af drøftelser i en hurtigtarbejdende arbejdsgruppe om styrkelse af politiets indsats over for rockerkriminalitet. Arbejdsgruppen, der var nedsat af justitsministeren, bestod af repræsentanter for Justitsministeriet, politiet og anklagemyndigheden.<sup>2</sup> Lovforslaget blev vedtaget<sup>3</sup> af Folketinget den 4. juni 2003 og fik lov nr. 436 af 10. juni 2003.<sup>4</sup> Loven er bekendtgjort i Lovtidende den 11. juni 2003 og trådte i kraft den 12. juni 2003.<sup>5</sup>

Formålet med loven er at forbedre politiets efterforskningsmuligheder for at sikre en effektiv bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet. De ændringer, der er gennemført ved loven, er dog ikke begrænset til alene at finde anvendelse, hvor den kriminalitet, der konkret efterforskes og retsforfølges, er eller formodes at være begået som led i organiseret

2. Det afstedkom en del kritik, at lovforslaget blev fremsat uden et forudgående udvalgsarbejde.
3. Lovforslaget blev vedtaget med 4 ændringer foreslået af justitsministeren. Ændringsforslagene fremgår af Retsudvalgets betænkning, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg B, s. 1663-1691.
4. Jf. Folketingstidende 2002-03, Forhandlingerne s. 10510-10524 og tillæg B, s. 1663-1691 og s. 1858-1872.
5. Efter ikrafttrædelsesbestemmelsen i § 3, stk. 2, finder ændringerne, der vedrører spørgsmål under domsforhandlingen (og altså ikke under efterforskningen), anvendelse i sager, der ikke er endeligt afgjort ved lovens ikrafttræden.

kriminalitet. Loven er i stedet udformet således, at ændringerne fokuserer på alvorlige kriminalitetstyper, som er karakteriseret ved, at personer med tilknytning til organiserede kriminalitetsmiljøer ofte begår disse forbrydelser. Ændringerne i bestemmelserne om forsvarerens og sigtedes/tiltaltes adgang til aktindsigt vil endvidere efter Justitsministeriets opfattelse navnlig få praktisk betydning i sager om alvorlig kriminalitet.<sup>6</sup>

Loven indebærer, at agentbegrebet i retsplejelovens § 754 a er blevet afgrænset over for handlinger, som alene er mindre indgreb i et allerede tilrettelagt kriminelt forløb. Endvidere indebærer loven, at retsplejelovens betingelser for politiets anvendelse af agenter i forbindelse med efterforskning er blevet lempet, samt at det i meget begrænset omfang nu er muligt for politiet at anvende civile personer som agenter. I tilknytning hertil indebærer loven ændringer i retsplejelovens bestemmelser om dørlukning, bevisfortegnelse og vidnebeskyttelse, således at politiets muligheder for at hemmeligholde identiteten på polititjenestemænd, der udfører sådanne særlige tjenestefunktioner, forbedres. Disse lovændringer er nærmere behandlet i pkt. 2.

Endvidere indebærer loven, at der er sket en begrænsning i, hvilket materiale forsvareren og sigtede/tiltalte som udgangspunkt kan få adgang til aktindsigt i. Herudover indebærer loven, at mulighederne for konkret at begrænse forsvarerens og sigtedes/tiltaltes adgang til aktindsigt er blevet udvidet. Disse ændringer omtales i pkt. 3.

Loven indebærer desuden, at der i sager om overtrædelse af straffelovens § 228 om rufferi er skabt mulighed for at foretage indgreb i meddelelseshemmeligheden. Endvidere er der sket en udvidelse af adgangen til at unnlade eller udsætte efterfølgende underretning om foretagne ind-

greb i meddelelseshemmeligheden samt af adgangen til at foretage dataaflysning. Endelig indebærer loven en udvidelse af muligheden for at foretage udvidet udbyttekonfiskation efter straffelovens § 76 a. Disse ændringer behandles alle i pkt. 4.

**3. Lovforslaget gav forud for vedtagelsen anledning til en betydelig offentlig debat. Debatten viste en bekymring for, om navnlig forslagene om civile personers medvirken ved politiagentaktioner og om begrænsninger i forsvarers adgang til aktindsigt vil kunne svække retssikkerheden, dels i forbindelse med politiets efterforskning i de konkrete straffesager, dels i forbindelse med den sigtedes eller tiltaltes forsvar. Justitsministeren oplyste med henvisning hertil i forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget, at Justitsministeriet på baggrund af en rapport fra Rigsadvokaten om de erfaringer med de nye regler, der foreligger, når reglerne har været i kraft i 2 år, vil udarbejde en redegørelse herom. Redegørelsen vil blive fremsat for Folketinget i folketingsåret 2005/2006.<sup>7</sup>**

## **2. Ændringerne i agentreglerne mv.**

*Handlinger, der undtages fra reglerne om agenter – den kontrollerede leverance*

**1. Retsplejeloven indeholder i §§ 754 a-754 e nærmere regler om politiets brug af agenter som led i efterforskningen af lovovertrædelser.**

Ved agentvirksomhed forstås efter § 754 a, at politiet som led i efterforskningen af en lovovertrædelse foranlediger, at der tilbydes bistand til eller træffes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte en lovovertrædelse. Politiets *overvågning* af et allerede planlagt kriminelt forløb er derfor ikke

6. Jf. lovforslagets pkt. 1.1 og 1.2, se Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6703 og Justitsministeriets besvarelse af Retsudvalgets spørgsmål nr. 34.

7. Jf. Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 20 og 38 fra Retsudvalget, og Retsudvalgets betænkning, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg B, s. 1666.

agentvirksomhed. Det har dog i praksis været uklart, om politiet f.eks. i forbindelse med en såkaldt kontrolleret leverance har kunnet gribe ind i handlingsforløbet uden derved at udøve agentvirksomhed – eller i hvilket omfang politiet har kunnet gribe ind. Ved en kontrolleret leverance forstås, at politiet får kendskab til, at der vil blive importeret eksempelvis et kvantum narkotika, men undlader at gribe ind og i stedet følger stoffets videre transport ind i landet med henblik på at slå til på et senere tidspunkt. En højesteretsdom, der er gengivet i Ugeskriftet for Retsvæsen 1997, s. 82, viser, at eksempelvis mindre indgreb fra politiets side via kureren ikke nødvendigvis indebærer en tilskyndelse til at udføre eller fortsætte en lovovertrædelse.<sup>8</sup>

Med lov nr. 436 af 10. juni 2003 er der i § 754 a indsat et stk. 2, der lyder således:

»Foranstaltninger, der træffes med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte en lovovertrædelse, omfattes ikke af stk. 1, hvis politiet ikke herved påvirker væsentlige omstændigheder ved lovovertrædelsen.«

2. Det fremgår nu udtrykkeligt af loven, at politiet kan foretage visse mindre indgreb i et forud tilrettelagt kriminelt handlingsforløb, uden at der herved bliver tale om agentvirksomhed.

De tilfælde, der herved er blevet undtaget fra agentbegrebet i § 754 a, stk. 1, er tilfælde, hvor politiet træffer foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte en lovovertrædelse som led i et tilrettelagt arrangement.

Politiet har efter den nye bestemmelse alene mulighed for at foretage visse mindre ændringer i det allerede planlagte forløb. Politiet kan derimod ikke foretage handlinger, hvorved der tages initiativ til ny kriminalitet, uden at dette omfattes af reglerne for agentvirksomhed.

8. Dommen er udførligt omtalt i lovforslagets bemærkninger pkt. 2.1.3, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6708.

Bestemmelsen tager, jf. lovforslagets bemærkninger,<sup>9</sup> navnlig sigte på de kontrollerede leverancer. Får politiet således kendskab til, at der vil blive importeret et kvantum narkotika, f.eks. ved at afsløre en narkotikakurer i tolden, kan politiet med henblik på at afsløre bagmændene – uden at der bliver tale om agentvirksomhed – aftale med kureren, at denne med bagmændene skal drøfte detaljer, der påvirker den planlagte gennemførelse af forbrydelsen i begrænset omfang. Kureren vil derfor på politiets foranledning f.eks. kunne aftale med bagmanden, at transportens rute ændres, uden at politiet derved udøver agentvirksomhed. Politiet vil derimod ikke via kureren kunne aftale en ny leverance af narkotika, uden at forholdet omfattes af agentreglerne, da der i så fald vil være tale om initiativ til ny kriminalitet.

Det er efter den nye bestemmelse uden betydning, om kureren af egen drift henvender sig til politiet, eller om den pågældende afsløres undervejs og indvilger i at fortsætte med henblik på at afsløre bagmændene.<sup>10</sup>

## 2.2. Betingelserne for at anvende agenter – § 754 a, stk. 1

1. Det blev over for Justitsministeriet under forberedelsen af lovforslaget påpeget, at agentreglerne i praksis meget sjældent anvendes. Forklaringen herpå er ifølge politiet og anklagemyndigheden, at de hidtil gældende betingelser i retsplejeloven oftest først vil kunne opfyldes på et meget sent tidspunkt under efterforskningen – senere end det tidspunkt, hvor det praktiske behov for at anvende agenter opstår. Særligt i

9. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6752.

10. Det er i bemærkningerne til lovforslaget fremhævet, at det forhold, at kureren har hjulpet politiet i opklaringen af forbrydelsen, ikke har betydning for strafbarheden af den handling, der ligger forud for kontakten/aftalen med politiet. Det kan i stedet få betydning for straffastsættelsen. Der henvises til Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6752.

forbindelse med rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet kan anvendelse af agenter imidlertid efter politiets og anklagemyndighedens opfattelse være et særdeles værdifuldt efterforskningsredskab. Ved lov nr. 436 af 10. juni 2003 er betingelserne for anvendelse af agenter derfor blevet lempet både for så vidt angår mistankekrav, indikationskrav og kriminalitetskrav.

2. Efter den hidtil gældende bestemmelse i retsplejelovens § 754 a, nr. 1, har der skullet foreligge en *særlig bestyrket* mistanke for, at politiet har kunnet anvende agenter i forbindelse med efterforskningen. Med loven er denne betingelse (mistankekravet) blevet ændret, således at der nu alene skal foreligge en *begrundet* mistanke om, at lovovertrædelsen er ved at blive begået eller forsøgt begået. Hermed svarer mistankekravet i § 754 a bl.a. til mistankekravet i bestemmelsen om varetægtsfængsling i § 762, stk. 1, og bestemmelsen om legemsundersøgelse i § 792 a, stk. 2.

Det hidtil gældende mistankekrav har efter retspraksis ikke været opfyldt, hvis politiets viden eller formodning om en forbrydelses planlægning eller iværksættelse alene har været baseret på oplysninger fra en meddeler.<sup>11</sup> Oplysninger fra en meddeler har således ikke kunnet danne grundlag for en særlig bestyrket mistanke. Med ændringen af mistankekravet vil oplysninger fra en meddeler kunne være tilstrækkelige til, at mistankekravet er opfyldt – hvis oplysningerne er af en sådan karakter, at der foreligger

11. Østre Landsret har således ved utrykt kendelse af 18. september 1990 (2. afd., kære nr. 329/1990) truffet afgørelse om, at oplysninger fra en anonym meddeler ikke i den pågældende situation var tilstrækkelige til at fastslå, at der forelå en særlig bestyrket mistanke. Anvendelse af agenter var derfor udelukket. Kendelsen er udførligt gengivet i Justitsministeriets besvarelse af Retsudvalgets spørgsmål nr. 47.

en begrundet mistanke om, at en lovovertrædelse er ved at blive begået eller forsøgt begået.<sup>12</sup>

Det er vigtigt at være opmærksom på, at mistanken ved agentvirksomhed – i modsætning til f.eks. § 762 om varetægtsfængsling – ikke nødvendigvis skal rette sig mod en bestemt person, men derimod mod den omstændighed at en lovovertrædelse er ved at blive begået eller forsøgt.<sup>13</sup>

3. Også det såkaldte indikationskrav i § 754 a er med lov nr. 436 af 10. juni 2003 blevet lempet. Tidligere var agentvirksomhed kun tilladt, hvis andre efterforskningskridt *ikke ville være egnede* til at sikre bevis i sagen. Med de nye regler er det i dag tilstrækkeligt, at efterforskningskridtet må antages at være af *afgørende betydning* for efterforskningen, jf. nu § 754 a, stk. 1, nr. 2.

Ændringen medfører, at agenter ikke længere kun kan anvendes, hvis det er det eneste mulige efterforskningsmiddel. Også i de situationer, hvor der vel foreligger andre muligheder, men hvor disse muligheder er usikre eller risikerer at ødelægge den videre efterforskning eller er uforholdsmæssigt ressourcekrævende, kan agenter nu anvendes.

4. Med loven er der endvidere i § 754 a, stk. 1, nr. 3 (kriminalitetskravet) indsat en henvisning til straffelovens § 286, stk. 1, om tyveri af særlig grov beskaffenhed. Agentvirksomhed er herefter tilladt, hvis efterforskningen angår en lovovertrædelse, som kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller en overtrædelse af straffelo-

12. Jf. lovforslagets bemærkninger i Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6715.

13. Kun hvis mistanken angår en lovovertrædelse, der er i gang eller er på forsøgsstadiet, er der det tilladeligt, at politiet iværksætter en agentaktion. Det er derimod ikke tilstrækkeligt, at der er mistanke om, at en lovovertrædelse vil blive begået, hvis der ikke er grund til at antage, at forsøgshandlinger er påbegyndt, jf. bemærkningerne til lovforslaget, Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6715.

vens § 286, stk. 1, om tyveri af særlig grov beskaffenhed eller § 289, 2. pkt., om indsmugling af særlig grov karakter.<sup>14</sup>

### 2.3. Civile agenter

1. De hidtil gældende regler om agentvirksomhed indeholdt i § 754 b, stk. 2, et forbud mod at anvende civile personer som agenter. Dette forbud dækkede også tilfælde, hvor den bistand, der var tale om, fra den civile persons side var af begrænset omfang og eksempelvis alene havde til formål at bistå politiet med at formidle kontakt til centrale personer bag den kriminalitet, der efterforskes.

Ved lov nr. 436 af 10. juni 2003 er der indført en begrænset undtagelse fra forbuddet mod anvendelse af civile agenter, idet følgende bestemmelse er indsat i retsplejelovens § 754 b, stk. 2, 2. pkt.:

»Civile personer kan dog efter aftale med politiet yde bistand til at udføre eller fortsætte den lovovertrædelse, der efterforskes, når den bistand, der ydes, er yderst beskeden i forhold til lovovertrædelsen.«

Det følger heraf, at egentlig agentvirksomhed fortsat kun må udøves af polititjenestemænd.

2. I medfør af den nye bestemmelse kan civile personer efter forudgående aftale med politiet yde bistand til, at en bagmand eller andre implicerede udfører eller fortsætter den lovovertrædelse, der efterforskes af politiet. Den aktivitet, den civile person lovligt kan udføre, skal sættes i forhold til den lovovertrædelse, der efterforskes. Bistanden skal kunne karakteriseres som »yderst beskeden« i forhold til denne lovovertrædelse. Det er fremhævet i bemærkningerne til lovforslaget, at dette ikke indebærer, at bistanden ikke

konkret må være afgørende i forhold til opklaringen af lovovertrædelsen.<sup>15</sup>

Bedømmelsen af, om den civile persons bistand er »yderst beskeden« i forhold til den lovovertrædelse, der efterforskes, må foretages på grundlag af en konkret vurdering af sagens omstændigheder, herunder karakteren og omfanget af den lovovertrædelse, der efterforskes. F.eks. vil størrelsen af en »vareprøve«, som den civile person bestiller hos en narkobagmand, kunne være mere omfattende ved efterforskning af meget alvorlige lovovertrædelser vedrørende betydelige kvanta narkotika.

Som eksempler på bistand, der efter § 754 b, stk. 2, 2. pkt., lovligt kan ydes af civile personer, kan nævnes, at den civile person efter aftale med politiet kan bestille en vareprøve på narkotika, eller at den civile person kan arrangere og eventuelt deltage i et første møde mellem sælgerne af et større kvantum narkotika og en politiagent.<sup>16</sup>

Under Folketingets behandling af lovforslaget blev der rejst spørgsmål om rækkevidden af politiets brug af civile agenter. I Justitsministeriets besvarelse<sup>17</sup> heraf er det anført, at bestemmelsen i § 754 b, stk. 2, 2. pkt., alene tager sigte på de tilfælde, hvor der er behov for at introducere en politiagent i det kriminelle miljø, som politiets efterforskning er rettet mod, og de medvirkenshandlinger, som den civile person kan foretage, vil således omfatte tillidsskabende handlinger, der sigter på at fremme politiagentens muligheder for at komme til at virke. Det er således udelukket, at en civil person kan bistå politiet på en måde, som er omfattet af agentreglerne, hvis dette ikke sker i sammenhæng med en planlagt politiagentaktion.

14. Henvisningen til § 286, stk. 1, er senere ophævet ved lov nr. 218 af 31. marts 2004 i forbindelse med, at strafmaksimum i § 286, stk. 1, blev hævet fra 4 års fængsel til 6 års fængsel.

15. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6713.

16. Jf. Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 6 fra Retsudvalget.

17. Der henvises til Justitsministeriets besvarelse af Retsudvalgsspørgsmål nr. 4 samt til Retsudvalgets betænkning, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg B, s. 1664.

3. Den civile persons bistand efter forudgående aftale med politiet er omfattet af agentreglerne i retsplejeloven. Dette indebærer, at mistankekrav, indikationskrav og kriminalitetskrav, jf. ovenfor, skal være opfyldt, førend politiet kan benytte en civil persons bistand, ligesom rettens godkendelse af foranstaltningerne som udgangspunkt skal foreligge, inden aktionen iværksættes, jf. § 754 c. Endvidere følger det af § 754 b, stk. 1 (den såkaldte øvre grænse for agentvirksomhed), at den civile persons bistand ikke må indebære en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed.

Den civile persons bistand må objektivt set anses som en strafbar handling. Denne er imidlertid foretaget efter aftale med politiet, hvilket medfører, at handlingen må betragtes som strafri efter princippet om materiel atypicitet eller manglende retsstridighed. Hvis handlingen, der udføres af den civile person, derimod ikke er strafbar, er der ikke tale om agentvirksomhed.

4. Den civile persons nærmere rolle under efterforskningen vil kunne belyses i forbindelse med domsforhandlingen af den færdigefterforskede sag. Der er således mulighed for en efterfølgende retlig kontrol af, hvilken rolle den civile person har spillet i det samlede forløb. Den civile person vil kunne føres som vidne under domsforhandlingen og vil i den forbindelse kunne konfronteres med tiltaltes forklaring om hændelsesforløbet. Hvis retten efter en samlet vurdering finder, at grænsen for lovlig bistand til politiet er overskredet, vil retten kunne tage hensyn hertil ved straffesagens afgørelse.

De almindelige, generelle vidnebeskyttelsesregler i retsplejeloven vil kunne finde anvendelse også i forbindelse med den civile agents afgivelse af vidneforklaring. Der vil derfor efter omstændighederne kunne blive tale om at hemmeligholde vidnets bopæl samt i særlige tilfælde at føre tiltalte uden for døren under vidneforklaringen, hvis en uforbeholden vidneforklaring ellers ikke kan opnås. Bestemmelsen i § 848,

stk. 2, nr. 2, om anonym vidneførsel vil derimod ikke kunne finde anvendelse vedrørende en civil agent, da det ikke kan antages at være uden betydning for tiltaltes forsvar at kende identiteten på den civile agent, der vidner i sagen.

Vurderes det i en konkret sag, at der ved afgivelse af vidneforklaring af den civile person vil opstå en risiko for den pågældendes sikkerhed, kan det helt undtagelsesvist være nødvendigt at iværksætte et egentligt vidnebeskyttelsesprogram. Den pågældende skal imidlertid fortsat afgive vidneforklaring, hvis forklaringen skal bruges af en part i sagen som led i bevisførelsen.

Endelig skal det bemærkes, at justitsministeren i et åbent samråd i Retsudvalget i forbindelse med udvalgsbehandlingen af lovforslaget oplyste, at der vil blive taget initiativ til at udarbejde nærmere retningslinjer for politiets samarbejde med civile agenter for at sikre den fornødne ledelsesmæssige kontrol med de enkelte polititjenestemænds samarbejde med civile personer. Det vil blandt andet blive fastsat, at politiet inden iværksættelse af en agentaktion med en civil person skal vejlede den pågældende grundigt og dermed sikre sig, at den pågældende kender konsekvenserne af at medvirke, herunder at han kan forvente at skulle give møde i retten, hvis efterforskningen fører til tiltale.<sup>18</sup>

#### *2.4. Hemmeligholdelse af identitet på visse polititjenestemænd, der afgiver forklaring i retten*

1. Med lov nr. 436 af 10. juni 2003 er der i retsplejelovens § 848, stk. 4, indsat en bestemmelse om, at en polititjenestemand, der har udført foranstaltninger som nævnt i § 754 a – altså agent handlinger – skal kunne afgive forklaring uden at oplyse sit navn og bopæl. I forlængelse

18. Se ministerens talepapir til brug for besvarelse af samrådsspørgsmål A optrykt som bilag til Retsudvalgets betænkning, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg B, s. 1680.

heraf er der i § 834 om bevisfortegnelse indsat et nyt pkt., hvorefter politiagenten kan anføres på fortegnelsen under et andet navn end sit eget og uden bopæl.

Begrundelsen for ændringen er, at der kun er et forholdsvis begrænset antal polititjenestemænd i Danmark, der er særligt uddannede til at virke som agenter, eller som har en særlig erfaring fra agentvirksomhed. Det er samtidig vanskeligt for politiet at anvende en polititjenestemand, hvis identitet er blevet kendt i det kriminelle miljø, som agent i andre sager.

Formålet med ændringerne er derfor at forbedre mulighederne for at sikre hemmeligholdelse af politiagentens identitet i de tilfælde, hvor denne skal afgive forklaring i retten, og derved sikre, at polititjenestemanden kan anvendes på ny i det kriminelle miljø som agent.

**2.** Politiagenten har med de nye regler fået et ubetinget krav på at optræde under sit alias-navn på bevisfortegnelsen og i retten. Hverken tiltalte, retten eller forsvareren vil kende politiagentens identitet. Retten kan dog forlange skriftlig dokumentation for, at den pågældende agent er polititjenestemand. Det er i bemærkningerne til lovforslaget forudsat, at en skriftlig erklæring fra den øverste politiledelse om den pågældendes ansættelse i den forbindelse må anses som fornøden dokumentation. Hvis der er tale om en udenlandsk agent, vil en erklæring fra en overordnet udenlandsk politimyndighed udgøre tilstrækkelig dokumentation.<sup>19</sup> Som en konsekvens af denne nye regel er der i § 181, hvorefter retten, inden vidnet afhøres, skal forvisse sig om vidnets identitet, indsat en henvisning til § 848, stk. 4, således at § 181 ikke finder anvendelse i denne situation.

Der er ikke med de nye regler sket nogen begrænsning i tiltaltes adgang til at få kendskab til indholdet af de vidneforklaringer, som afgives i

sagen mod tiltalte. Tiltalte vil få oplyst det alias, som han i forvejen kender polititjenestemanden under. Det er alene polititjenestemandens eget navn og bopæl (hvilket for polititjenestemænd i praksis forstås som tjenestested), der forholdes tiltalte.

**3.** De hensyn, der gør sig gældende vedrørende hemmeligholdelse af identiteten på politiagenter, gælder tilsvarende i forbindelse med afgivelse af vidneforklaring af polititjenestemænd, der har en særlig funktion inden for politiet – en særlig funktion, der afhænger af, at deres identitet ikke bliver kendt.<sup>20</sup> Heller ikke disse polititjenestemænd vil kunne fortsætte i deres særlige funktion, hvis deres identitet bliver kendt.

På denne baggrund er der i § 848, stk. 5, indsat en bestemmelse om, at retsformanden kan beslutte, at navn og bopæl på en polititjenestemand, der afgiver forklaring som vidne, ikke skal oplyses, hvis afgørende hensyn til vidnets særlige tjenestefunktion taler for det, og oplysningerne må antages at være uden betydning for tiltaltes forsvar. Polititjenestemanden har efter denne bestemmelse – i modsætning til efter § 848, stk. 4 – ikke et ubetinget krav herpå. I forlængelse heraf er der i § 834 om bevisfortegnelse også vedrørende disse polititjenestemænd indsat en bestemmelse om, at polititjenestemanden kan anføres på fortegnelsen under et andet navn end sit eget og uden bopæl.

Det afgørende for, om den nye bestemmelse i § 848, stk. 5, finder anvendelse, er således, om den polititjenestemand, der skal afgive forklaring, udfører en særlig tjenestefunktion, og om der er afgørende hensyn at tage hertil. En polititjenestemand, der udfører almindelige politimæssige opgaver, er ikke omfattet af bestemmelsen.

20. Der tænkes her på den meget lille kreds af polititjenestemænd, som er særligt uddannede til at operere under dække som meddelere, og på de polititjenestemænd, der installerer aflyttingsudstyr eller foretager skygninger.

19. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6716.

Det er endvidere en betingelse, at oplysningerne om polititjenestemandens navn og bopæl må antages at være uden betydning for tiltaltes forsvar. Det afgørende i den forbindelse er, om tiltaltes mulighed for at forholde sig til det, vidnet afgiver forklaring om, begrænses af, at tiltalte ikke kender polititjenestemandens navn og bopæl.

4. Endvidere er der med lov nr. 436 af 10. juni 2003 indsat en bestemmelse i retsplejelovens § 848, stk. 6, hvorefter retsformanden kan beslutte, at tiltalte skal forlade retslokalet, når en polititjenestemand, der har udført foranstaltninger som nævnt i § 754 a, eller en polititjenestemand med en særlig tjenestefunktion afhøres, hvis det er påkrævet af hensyn til hemmeligholdelsen af polititjenestemandens identitet, og hvis det må antages at være uden væsentlig betydning for tiltaltes forsvar.

Der kræves *for det første*, at afgørende hensyn til hemmeligholdelsen af den pågældendes polititjenestemandens identitet skal tale for at føre tiltalte ud af retslokalet, jf. formuleringen »påkrævet«. Det fremgår af lovforslagets bemærkninger,<sup>21</sup> at det i den forbindelse kan have betydning, om den omstændighed, at tiltalte ser polititjenestemanden, vil medføre, at politiet ikke længere kan bruge den pågældende som f.eks. agent. Har den tiltalte således mere end nogle få gange mødt eller set politiagenten under dennes efterforskning, taler dette imod, at tiltalte skal forlade lokalet. Det vil endvidere være af betydning at få fastslået, hvor vigtigt det er for politiet fortsat at kunne bruge den pågældende som agent. Det bør endvidere indgå i overvejelserne, om formålet (hemmeligholdelse af politiagentens identitet) kan opnås på anden måde, f.eks. ved hjælp af forklædning.

*For det andet* kræves, at det er uden væsentlig betydning for tiltaltes forsvar, at tiltalte ikke ser polititjenestemanden.

Det skal bemærkes, at tiltaltes forsvarers ret til at overvære vidnets forklaring samt til at stille spørgsmål til vidnet ikke er ændret med loven.

5. Endelig er retsplejelovens bestemmelser om dørlukning ændret på enkelte punkter ved lov nr. 436 af 10. juni 2003. Således er der i retsplejelovens § 29, stk. 2, som nyt nr. 2 indsat en bestemmelse om, at retten kan bestemme, at et retsmøde skal holdes for lukkede døre, når der skal afgives forklaring af en polititjenestemand med en særlig tjenestefunktion, og det af hensyn til denne særlige tjenestefunktion er nødvendigt at hemmeligholde identiteten.

Endvidere er der i retsplejelovens § 29 a som et nyt stk. 3 indsat en bestemmelse om, at dørene lukkes, når en polititjenestemand, der har udført foranstaltninger som nævnt i § 754 a, skal afgive forklaring, hvis anklagemyndigheden anmoder om det.

Anklagemyndigheden har således ved politiagentens afgivelse af forklaring et ubetinget krav på dørlukning. Dette er i lovforslagets bemærkninger begrundet med den centrale betydning, som anvendelsen af politiagenter har for en effektiv indsats mod rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet, samt at vished for, at politiagentens identitet ikke kommer frem, normalt vil have afgørende betydning for politiets konkrete anvendelse af politiagenter.<sup>22</sup>

Formålet med disse nye bestemmelser er at sikre, at polititjenestemandens identitet ikke bliver kendt af tilhørerne, der eventuelt har tilknytning til tiltalte, eller af offentligheden i øvrigt. Hvis tilhørere med tilknytning til tiltalte kunne overvære afgivelsen af forklaring, ville beskyttelsen af polititjenestemandens identitet kunne

21. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6717.

22. Jf. bemærkningerne til lovforslaget, Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6718.

blive illusorisk trods det, at tiltalte er blevet ført ud af lokalet under vidneforklaringen.

### **3. Forsvarerens (og dermed sigtedes/tiltaltes) adgang til aktindsigt mv.**

Med lov nr. 436 af 10. juni 2003 er der gennemført en række ændringer i retsplejelovens regler om forsvarerens og sigtedes/tiltaltes adgang til aktindsigt mv. Ændringerne er begrundet i ønsket om i øget omfang at kunne beskytte informationer fra personer inden for eller tæt på organiserede, kriminelle netværk, kilderne hertil og generelle oplysninger om sådanne netværk indsamlet som led i en længerevarende politiindsats. Disse ændringer var sammen med undtagelsen til forbuddet mod civile agenter genstand for en del debat forud for og under Folketingets behandling af lovforslaget.

Nedenfor under pkt. 3.1 omtales ændringerne med hensyn til, hvilke dokumenter der er omfattet af retten til aktindsigt. Under pkt. 3.2 omtales ændringerne med hensyn til konkrete begrænsninger i forsvarerens adgang til aktindsigt i dokumenter, der ellers er omfattet af retten til aktindsigt.

#### *3.1. Oplysninger omfattet af aktindsigt – retsplejelovens § 745*

1. Efter den hidtil gældende bestemmelse i retsplejelovens § 745, stk. 1, havde forsvareren (og dermed sigtede eller tiltalte) som udgangspunkt ret til at få aktindsigt i alle oplysninger, der fremgår af sagen, herunder oplysninger om kilden til oplysningerne, hvis dette fremgik af sagen, og mere generelle baggrundsoplysninger. Disse oplysninger var omfattet af aktindsigten, uanset om oplysningerne måtte antages at være uden direkte betydning for den konkrete sag, og uanset om materialet var tilvejebragt af politiet med henblik på behandlingen af den konkrete straffesag, når blot materialet i øvrigt havde berøring med sagen.

Det fremgår af lovforslagets bemærkninger, at politiet og anklagemyndigheden over for Ju-

stitsministeriet i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget påpegede, at det forhold, at bagmændene bag den organiserede kriminalitet mv. i medfør af § 745, stk. 1, kunne få kendskab til oplysninger om, hvorfra politiet har fået informationer, kan afholde borgere, herunder meddelere mv., fra at videregive vigtig information til politiet.

Endvidere blev det påpeget, at det i dag er afgørende for politiets muligheder for at efterforske og opklare den organiserede kriminalitet, at der eksisterer et veludbygget og tillidsfuldt samarbejde med retshåndhævende myndigheder i andre lande eller med internationale organisationer som eksempelvis Europol og Interpol. De danske retshåndhævende myndigheder mister imidlertid troværdighed som fremtidig samarbejdspartner, hvis mere generel baggrundsinformation eller konkrete oplysninger, som dansk politi modtager fra udlandet, og som har berøring med en anden efterforskning i det pågældende land, udleveres til forsvareren mv. Forsvareren og dermed tiltalte vil hermed kunne komme i besiddelse af oplysninger, der ikke er af direkte betydning i den konkrete danske straffesag, men hvis hemmeligholdelse er af afgørende betydning for de udenlandske politimyndigheder.<sup>23</sup>

2. I lyset af det anførte er bestemmelsen i § 745 med lov nr. 436 af 10. juni 2003 ændret, således at omfanget af aktindsigten i § 745, 1. pkt.,<sup>24</sup> er defineret på følgende måde:

23. Der henvises til Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6726.

24. Bestemmelsen i § 745 er ved lov nr. 215 af 31. marts 2004 flyttet til retsplejelovens § 729 a, stk. 3, 1.-3. pkt., og samtidig er adgangen til aktindsigt i politiets materiale for en sigtet, der ikke har forsvarer, reguleret i § 729 b. Bestemmelsen i § 729 b, stk. 2, 1. pkt., svarer til bestemmelsen i den tidligere § 745, nu § 729 a, stk. 3, 1.-3. pkt.

»Forsvareren har adgang til at gøre sig bekendt med det materiale, som politiet har tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen eller tiltalen angår.«

Der er herefter to kriterier, der begge skal være opfyldt, for at materiale er omfattet af forsvarerens adgang til aktindsigt. Således skal materialet være *tilvejebragt* af politiet, og endvidere skal materialet være *tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen eller tiltalen angår*.

Materiale vil være »tilvejebragt«, hvis den efterforskende politikreds – altså den politikreds, der har ansvaret for efterforskningen – selv har indsamlet det. Afhøringsrapporter, gerningsstedsbeskrivelser, tekniske rapporter mv. er eksempler på materiale, der kan karakteriseres som »tilvejebragt«. Herudover vil materiale, der overgives til den efterforskende politikreds af f.eks. en anden politikreds, skulle anses for »tilvejebragt«.

Derimod vil oplysninger indsamlet i den sammenhæng af og opbevaret hos Rigspolitiets nationale efterforskningsstøttecenter (NEC), Politiets Efterretningstjeneste (PET) eller en anden politikreds ikke være tilvejebragt i bestemmelsens forstand.

**3.** Selv om materialet må anses for tilvejebragt af den efterforskende politikreds, vil materialet falde uden for forsvarerens adgang til aktindsigt, hvis materialet ikke kan anses for at være tilvejebragt »til brug for den sag, som sigtelsen eller tiltalen angår«. Mere generelle baggrundsoplysninger om f.eks. kriminalitetsmønstre eller persongruppers tilknytning til bestemte netværk eller grupperinger, som den efterforskende politikreds er i besiddelse af, vil derfor som udgangspunkt ikke være omfattet af den ændrede bestemmelse om forsvarerens adgang til aktindsigt. Oplysninger, der fremgår af politiets efterforskningsregistre, er heller ikke omfattet af aktindsigten, da de ikke kan anses for tilvejebragt til brug for den konkrete sag.

I bemærkningerne til lovforslaget forudsættes det endvidere, at oplysninger om identiteten på en meddeler, som ønsker at være anonym, ikke vil være omfattet af forsvarerens adgang til aktindsigt efter § 745, hvis politiet har udeladt navnet på meddeleren af politirapporten og i stedet har anført, at politiet er bekendt med personens identitet.<sup>25</sup> Identiteten på andre kilder falder ligeledes uden for anvendelsesområdet for § 745 og dermed forsvarerens adgang til aktindsigt, hvis kildens identitet på baggrund af et ønske om at være anonym ikke fremgår af rapporten. Det kan eksempelvis være Politiets Efterretningstjeneste eller en udenlandsk politimyndighed, som har videregivet konkrete oplysninger om et strafbart forhold. Hvis den pågældende kilde skal afgive forklaring under domsforhandlingen (idet den pågældendes oplysninger anvendes som bevis under domsforhandlingen), vil anklagemyndigheden imidlertid skulle oplyse kildens identitet.

Om indholdet af oplysningerne fra en anonym kilde er omfattet af forsvarerens adgang til aktindsigt, afhænger af, om oplysningerne er tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen eller tiltalen angår.

Det generelle objektivitetsprincip for anklagemyndigheden indebærer, at anklagemyndigheden er forpligtet til at fremlægge alle oplysninger under domsforhandlingen, der måtte have betydning for skyldsspørgsmålet i den konkrete sag, uanset om oplysningerne er tilvejebragt til brug for den konkrete sag eller ej. Forsvareren vil derfor i praksis have adgang til aktindsigt i sådanne oplysninger.<sup>26</sup> Det generelle objektivitetsprincip indebærer derimod ikke, at anklage-

25. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6727-6728. Det har hidtil været uafklaret, hvorvidt oplysningen om identiteten på personer, der har givet politiet oplysninger og som har ønsket anonymitet, er en oplysning, som forsvareren har krav på at få aktindsigt i.

26. Jf. Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 35 fra Retsudvalget.

myndigheden er forpligtet til at fremlægge oplysninger, der blot har berøring med sagen, når disse oplysninger ikke kan antages at have betydning for skyldsspørgsmålet i sagen. Det generelle objektivitetsprincip indebærer derimod ikke, at anklagemyndigheden er forpligtet til at fremlægge oplysninger, der blot har berøring med sagen, når oplysningerne ikke kan antages at have betydning for skyldsspørgsmålet.

4. Forsvareren kan indbringe politiets afgørelse efter § 745 om, hvilket materiale der er omfattet af forsvarerens adgang til aktindsigt, for retten efter § 746. Dette forudsætter dog, at forsvareren nærmere har konkretiseret, hvad der ønskes aktindsigt i.<sup>27</sup>

Med lov nr. 436 af 10. juni 2003 er der indsat et nyt stk. 2 i § 746. Bestemmelsen lyder således:

»Ved tvistigheder om lovligheden af politiets afgørelser efter § 745, 1. pkt., skal politiet redegøre for grundene til den afgørelse, der er truffet. Retten kan endvidere pålægge politiet over for retten at fremlægge det materiale, som tvisten angår.«<sup>28</sup>

Hensigten med bestemmelsen er at undgå, at forsvareren i forbindelse med rettens prøvelse af, om politiets afgørelse er i overensstemmelse med § 745 (dvs. at der er tale om materiale, der ikke indgår i den konkrete sag), får lejlighed til at gøre sig bekendt med materiale, som retten

27. Jf. bemærkningerne til lovforslaget, Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6727.

28. Justitsministeren fremsatte bl.a. i lyset af høringsvarene et ændringsforslag vedrørende denne bestemmelse. I det oprindelige forslag kunne retten alene pålægge politiet at redegøre for grundene til den afgørelse, der er truffet. Retten kunne derimod ikke pålægge politiet at fremlægge materialet. Det oprindelige forslag var på dette punkt begrundet i, at Justitsministeriet ikke fandt det hensigtsmæssigt, at der blev skabt en situation, hvor retten kan træffe en afgørelse på grundlag af oplysninger, som forsvareren ikke har adgang til. Der henvises til ændringsforslaget, der er gengivet i Retsudvalgets betænkning, Folketingstidende 2002-03, tillæg B, s. 1670.

eventuelt efterfølgende vurderer, falder uden for forsvarerens adgang til aktindsigt.

Det følger af bestemmelsen, at politiet over for retten og forsvareren skal redegøre for grundene til den afgørelse, der er truffet. Redegørelsen kan gives skriftligt til retten og forsvareren. Den skal indeholde oplysninger om, hvor oplysningerne stammer fra, hvilken form for materiale der er tale om, og hvem materialet vedrører. Derimod forudsættes redegørelsen ikke at indeholde en mere detaljeret gennemgang af oplysningerne i det materiale, som efter politiets opfattelse falder uden for bestemmelsen i § 745, 1. pkt.

Herudover kan retten pålægge politiet over for retten at fremlægge det materiale, som tvisten angår. Materialet skal i givet fald alene fremlægges over for retten, og forsvareren får således ikke adgang til at se materialet.

Træffer retten – efter at politiet har fremlagt det materiale, som tvisten vedrører – afgørelse om, at politiets afgørelse er i overensstemmelse med § 745, og at materialet derfor falder uden for forsvarerens adgang til aktindsigt, vil dommeren under den efterfølgende straffesag være inhabil, jf. den med lov nr. 436 af 10. juni 2003 indsatte bestemmelse i retsplejelovens § 60, stk. 4, om inhabilitet. Det bemærkes i den forbindelse, at dommerens inhabilitet ikke har virkning for retsassessorer og dommerfuldmægtige ved samme embede.

### 3.2. *Begrænsninger i forsvarerens aktindsigt mv. – retsplejelovens § 745 a og § 745 b*

1. Efter den hidtil gældende bestemmelse i retsplejelovens § 745, stk. 4, har forsvarerens adgang til aktindsigt kunnet begrænses, enten ved at materiale helt er blevet undtaget fra forsvarerens adgang til aktindsigt indtil domsforhandlingens begyndelse, eller ved at forsvareren pålægges ikke at videregive oplysningerne til sigtede eller tiltalte. Et sådant pålæg bortfalder senest,

når tiltalte har afgivet forklaring under domsforhandlingen.

Begrænsning i forsvarerens adgang til aktindsigt har hidtil kunnet ske, hvis det undtagelsesvis har været påkrævet af hensyn til fremmede magter, til statens sikkerhed, til sagens opklaring eller til tredjemand.

2. Med lov nr. 436 af 10. juni 2003 er bestemmelsen i § 745, stk. 4, imidlertid blevet erstattet af to nye bestemmelser i henholdsvis § 745 a om tavshedspålæg og § 745 b om undtagelser fra forsvarerens adgang til aktindsigt. De nye bestemmelser har følgende ordlyd:

»§ 745 a. Hvis det er nødvendigt af hensyn til fremmede magter, til statens sikkerhed, til sagens opklaring, til tredjemand eller til efterforskning af en anden verserende sag om en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller som udgør en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitler 12 eller 13, kan politiet give forsvareren pålæg om ikke at videregive de oplysninger, som forsvareren har modtaget fra politiet. Pålægget kan udstrækkes, indtil tiltalte har afgivet forklaring under domsforhandlingen.

§ 745 b. Retten kan efter anmodning fra politiet bestemme, at reglerne om forsvarerens ret til aktindsigt i § 745 fraviges, hvis det er påkrævet af hensyn til

- 1) fremmede magter,
- 2) statens sikkerhed,
- 3) sagens opklaring,
- 4) tredjemands liv eller helbred,
- 5) efterforskning af en anden verserende sag om en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller som udgør en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitler 12 eller 13, eller

6) beskyttelse af fortrolige oplysninger om politiets efterforskningsmetoder.

Stk. 2. Afgørelse efter stk. 1 kan ikke træffes, hvis det giver anledning til væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af sigtedes eller tiltaltes forsvar.

Stk. 3. Gør hensyn som nævnt i stk. 1 sig kun gældende for en del af materialet, skal forsvareren gøres bekendt med det øvrige indhold af materialet.

Stk. 4. Afgørelsen træffes ved kendelse. I kendelsen anføres de konkrete omstændigheder i sagen, der begrundes en fravigelse fra § 745. Træffer retten afgørelse om, at fravigelsen skal gælde indtil videre, skal retten på ny vurdere fravigelsen, før domsforhandlingen indledes. Træffer retten afgørelse om, at fravigelsen skal gælde i et nærmere fastsat tidsrum, kan afgørelsen forlænges ved senere kendelse. Rettens afgørelse kan kæres.

Stk. 5. Inden retten træffer afgørelse, skal der beskikkes en advokat for den sigtede eller tiltalte, og advokaten skal have lejlighed til at udtale sig. Advokaten beskikkes fra den særlige kreds af advokater, der er nævnt i § 784, stk. 2. Advokaten skal underrettes om alle retsmøder, der afholdes med henblik på at opnå rettens kendelse om fravigelse fra § 745, og er berettiget til at overvære disse samt til at gøre sig bekendt med det materiale, som politiet har tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen eller tiltalen angår. § 785, stk. 1, 2.-5. pkt., og stk. 2, finder tilsvarende anvendelse.«<sup>29</sup>

29. Bestemmelsernes placering (men ikke indhold) i retsplejeloven er ændret ved lov nr. 215 af 31. marts 2004. § 745 a er således blevet § 729 a, stk. 4, (for sigtede uden forsvarer § 729 b, stk. 2, 2. pkt.), og § 745 b er blevet § 729 c.

Formålet med de nye bestemmelser er at skabe mulighed for, at materiale kan undtages fra forsvarerens adgang til aktindsigt på ubestemt tid – dvs. også efter både domsforhandlingens begyndelse og sagens afslutning – hvis det er påkrævet for at varetage det hensyn, der begrunder begrænsningen. Et hensyn til tredjemand vil eksempelvis ofte være til stede også efter domsforhandlingens begyndelse.

Herudover er formålet at muliggøre begrænsning af forsvarerens adgang til aktindsigt og meddelelse af tavshedspålæg til forsvareren af andre hensyn end hensynet til fremmede magter, statens sikkerhed, sagens opklaring eller til tredjemand.

Et af de hensyn, der med de nye bestemmelser kan begrunde begrænsning i aktindsigten (efter såvel § 745 a som § 745 b), er hensynet til efterforskning af en anden verserende sag om alvorlig kriminalitet. Alvorlig kriminalitet er i loven defineret som en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller som er en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitler 12 (forbrydelser mod statens selvstændighed og sikkerhed) eller 13 (forbrydelser mod statsforfatningen og de øverste statsmyndigheder mv.). Adgangen til aktindsigt kan således begrænses, hvis forsvarerens adgang til oplysningerne vil være ødelæggende for en anden verserende efterforskning af lovovertrædelser af den anførte alvorlige karakter.

Også hensynet til en verserende udenlandsk efterforskning vil kunne begrunde en begrænsning i adgangen til aktindsigt, hvis en handling svarende til den lovovertrædelse, der efterforskes i udlandet, efter dansk ret kan straffes med fængsel i 6 år eller derover eller udgør en forsætlig overtrædelse af bestemmelser i det pågældende lands lovgivning, der svarer til straffelovens kapitler 12 og 13.<sup>30</sup>

30. Der henvises til bemærkningerne til lovforslaget, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6748.

Hensynet til beskyttelse af fortrolige oplysninger om politiets efterforskningsmetoder kan endvidere med den nye bestemmelse i § 745 b begrunde, at oplysninger helt undtages fra forsvarerens adgang til aktindsigt. Mere tekniske oplysninger om politiets aflytningsudstyr og -metoder kan karakteriseres som oplysninger om politiets efterforskningsmetoder. En sådan oplysning vil være »fortrolig«, hvis politiet har en særlig interesse i at holde oplysningen hemmelig, og oplysningen ikke er almindeligt kendt.

Herudover er hensynet til tredjemand for så vidt angår muligheden for at undtage materiale fra forsvarerens adgang til aktindsigt i § 745 b blevet præciseret, således at det fremgår, at der skal være tale om et hensyn til tredjemands liv eller helbred. Det er i bemærkningerne til lovforslaget<sup>31</sup> anført, at der på den ene side ikke kan stilles krav om, at der foreligger konkrete oplysninger eller trusler om, at tredjemand vil lide overlast. På den anden side vil heller ikke enhver, abstrakt risiko for overgreb kunne begrunde en begrænsning af forsvarerens adgang til aktindsigt. Tilhører den sigtede eller tiltalte en organisation eller et netværk af personer, der er kendt for at begå alvorlig kriminalitet og for at anvende grov vold og eller trusler om grov vold mod personer, der afslører deres kriminalitet, vil dette imidlertid kunne begrunde en begrænsning af forsvarerens adgang til aktindsigt.

4. Det følger af et almindeligt proportionalitetsprincip, at hvis et pålæg (efter § 745 a) til forsvareren om ikke at videregive politiets oplysninger til sin klient er tilstrækkeligt for at varetage de hensyn, der begrunder, at sigtede eller tiltalte ikke bør have adgang til oplysningerne, skal denne mulighed anvendes som den mindst indgribende foranstaltning. Et pålæg kan meddeles, hvis dette er »nødvendigt« af et af de i bestemmelsen opregnede hensyn. Det kræves så-

31. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6730

ledes ikke længere, at det skal være »undtagelsesvis påkrævet«.

Et pålæg efter § 745 a kan være generelt og således omfatte alle oplysninger om sagen, herunder at der overhovedet verserer en sag. Det følger dog tillige af proportionalitetsprincippet, at et pålæg skal begrænses mest muligt for så vidt angår de oplysninger, der omfattes af pålægget. Når hensynet, der har begrundet pålægget, er bortfaldet, skal pålægget ophæves. Politiets beslutning om tavshedspålæg kan indbringes for retten efter § 746.

**5.** Hvis politiet (og i sidste ende retten) vurderer, at et pålæg ikke er tilstrækkeligt til at varetage et hensyn til f.eks. statens sikkerhed, er der skabt mulighed for helt at undtage materiale fra forsvarerens adgang til aktindsigt under hele sagen.<sup>32</sup>

Afgørelse efter § 745 b om, at materiale helt skal undtages fra forsvarerens adgang til aktindsigt, kan træffes, hvis et eller flere af de i bestemmelsen opregnede hensyn gør dette »påkrævet« (og ikke kun i tilfælde, hvor det er »undtagelsesvis påkrævet«). Det pågældende hensyn skal således være af meget væsentlig betydning for, at en begrænsning kan anses for påkrævet. I lovforslagets bemærkninger<sup>33</sup> er det vedrørende denne vurdering anført, at der skal foretages en afvejning af på den ene side det pågældende hensyn og på den anden side betydning af materialet for varetagelsen af sigtedes eller tiltaltes forsvar. Det er i den forbindelse fremhævet, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tillægger det stor vægt, at der kun undtages oplysninger fra forsvarerens aktindsigt, hvis det er strengt nødvendigt (»strictly necessary«).

32. En tilsvarende mulighed er skabt i § 745 d om forsvarerens ret til at overvære forskellige efterforskningsskridt.

33. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6749.

Hvis et eller flere af de opregnede hensyn kun gør sig gældende for en del af materialet, skal forsvareren gøres bekendt med det øvrige indhold af materialet, jf. § 745 b, stk. 3.

Det er retten, der er tillagt kompetencen til at foretage denne afvejning og træffe afgørelse om, at reglerne om forsvarerens adgang til aktindsigt efter anmodning fra politiet kan fraviges i den konkrete sag. Efter § 745 b, stk. 2, kan der ikke ske undtagelse af materiale, hvis dette vil give anledning til væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af sigtedes eller tiltaltes forsvar. Det vil her være uden betydning, om det hensyn, der begrunder anmodningen om en sådan afgørelse, er af meget væsentlig betydning. I et sådant tilfælde må politiet altså enten lade forsvareren få det pågældende materiale – eventuelt med tavshedspålæg efter § 745 a – eller frafalde sigtelsen eller tiltalen.

Den dommer, der har truffet afgørelse om, at der kan undtages materiale fra forsvarerens adgang til aktindsigt, vil være inhabil i forbindelse med domsforhandlingen af straffesagen, jf. den nye bestemmelse i retsplejelovens § 60, stk. 5.<sup>34</sup>

**6.** Der er med § 745 b indført en særlig kontradiktorisk proces forud for rettens afgørelse efter bestemmelsen. Således fremgår det af § 745 b, stk. 5, at der, inden retten træffer afgørelse, skal beskikkes en advokat fra den særlige kreds af advokater, der er nævnt i § 784, stk. 2, for den sigtede eller tiltalte. Det er altså ikke sigtedes eller tiltaltes egen forsvarer, der deltager i denne proces. Baggrunden herfor er ifølge lovforslagets bemærkninger,<sup>35</sup> at formålet med at undtage materiale ville forspildes, hvis forsvareren har lejlighed til, inden retten træffer sin afgørelse, at gøre sig bekendt med anklagemyndighedens

34. Habiliteten vil heller ikke her have afsmittende virkning for retsassessorer og fuldmægtige ved samme embede.

35. Jf. Folketingstidende, tillæg A, s. 6732.

materiale og argumenter for at afskære aktindsigten.<sup>36</sup>

Den særlige beskikkede advokat skal efter bestemmelsen have lejlighed til at udtale sig og skal underrettes om alle retsmøder, der afholdes med henblik på at opnå rettens kendelse om fravigelse af § 745. Advokaten er endvidere berettiget til at overvære disse samt til at gøre sig bekendt med det materiale, som politiet har tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen eller tiltalen angår – altså det materiale, som rettens afgørelse vil vedrøre. Advokaten skal derimod ikke løbende orienteres om sagens udvikling mv., efter at afgørelsen om, at materiale kan undtages fra forsvarerens adgang til aktindsigt, er truffet.<sup>37</sup>

Retten kan træffe afgørelse om, at fravigelsen af § 745 skal gælde i et nærmere fastsat tidsrum eller indtil videre, jf. § 745 b, stk. 4. En afgørelse om, at fravigelsen gælder i et nærmere fastsat tidsrum – eksempelvis indtil domsforhandlingens begyndelse – kan forlænges ved senere kendelse, hvis en fortsat fravigelse er påkrævet til varetagelse af et af de i bestemmelsen opregnede hensyn.

Har retten truffet afgørelse om, at fravigelsen af forsvarerens adgang til aktindsigt er tidsubegrænset, skal retten forud for domsforhandlingens begyndelse på ny tage stilling til fravigelsen for at vurdere, om denne fortsat er påkrævet til varetagelse af de i bestemmelsen nævnte hensyn. Den fornyede prøvelse skal tillige sikre, at det fortsat ikke medfører væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af tiltaltes forsvar at undtage det pågældende materiale fra forsvarerens adgang til aktindsigt. I bemærkningerne til lovforslaget er det understreget, at det påhviler politiet at sørge for – når sagen er berammet til domsforhandling – at indbringe spørgsmålet om fortsat fravigelse af forsvarerens adgang til akt-

indsigt efter § 745 b for retten. Endvidere er det understreget, at politiet er forpligtet til af egen drift at udlevere oplysningerne til forsvareren, hvis hensynet, der begrundede fravigelse af forsvarerens ret til aktindsigt, ikke længere er til stede.<sup>38</sup>

### 3.3. Begrænsninger i bevisførelsen – konsekvenser af ændringerne i reglerne om forsvarerens adgang til aktindsigt

1. Hvis forsvareren – og dermed sigtede eller tiltalte – på anden måde kan skaffe sig indsigt i oplysninger, der efter de ovenfor angivne bestemmelser er undtaget fra adgangen til aktindsigt, kan de hensyn, der har begrundet undtagelsen fra adgang til aktindsigt, ikke varetages.

Dette er baggrunden for udvidelsen af § 169, stk. 2, 3. pkt., om vidneudelukkelse ved lov nr. 436 af 10. juni 2003. Retten kan herefter ikke pålægge en tjenestemand at afgive vidneforklaring om forhold, med hensyn til hvilke der i det offentlige interesse påhviler den pågældende tavshedspligt, hvis den myndighed, som tjenestemanden er ansat under, nægter at give samtykke til afgivelse af forklaring på grund af hensyn til tredjemands liv eller helbred.

Denne bestemmelse har til formål at sikre, at eksempelvis en polititjenestemand ikke kan pålægges at afgive forklaring, hvorved identiteten på f.eks. en anonym meddelelse (identiteten er, jf. det ovenfor anførte, ikke omfattet af forsvarerens adgang til aktindsigt) afsløres, hvis der herved er fare for den pågældendes liv eller helbred.

Retten kan alene vurdere, om nægtelsen faktisk er begrundet i et hensyn til tredjemands liv eller helbred, men ikke om hensynet til hemmeligholdelse af oplysningerne bør vige for hensynet til sagens opklaring.

36. Der er derfor tillige indsat et nyt stk. i § 748, hvoraf det fremgår, at forsvareren og sigtede ikke har ret til at deltage i disse retsmøder mv.

37. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6733.

38. Jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6733.

2. Der er endvidere med lov nr. 436 af 10. juni 2003 indsat en ny bestemmelse i retsplejeloven om begrænsning i bevisførelsen. Bestemmelsen lyder således:

»§ 836 a. En person kan ikke indkaldes som vidne, hvis oplysninger om personens identitet ikke indgår i sagen i medfør af § 745, 1. pkt., eller er undtaget fra forsvarerens adgang til aktindsigt i medfør af § 745 b.«

Bestemmelsen omfatter for det første den situation, hvor en persons identitet slet ikke indgår i sagen – og dermed ikke fremgår af det materiale, som forsvareren efter § 745 som udgangspunkt har ret til at få aktindsigt i. Dette vil være tilfældet, hvis en anmelder eller meddeler i forbindelse med, at den pågældende har givet politiet oplysninger, har anmodet politiet om at være anonym. Politiet vil derfor i rapporten alene have angivet, at politiet er bekendt med persons identitet. Efter § 836 a vil denne person ikke kunne indkaldes som vidne under domsforhandlingen.

Anvender anklagemyndigheden imidlertid oplysninger fra personen som bevis under domsforhandlingen, er det i lovforslagets bemærkninger understreget, at den pågældende i givet fald kan indkaldes som vidne.

For det andet omfatter bestemmelsen den situation, hvor retten efter § 745 b har vurderet, at oplysninger om identiteten på eksempelvis en meddeler bør undtages fra forsvarerens adgang til aktindsigt. Den pågældende meddeler vil i en sådan situation heller ikke kunne indkaldes af forsvareren som vidne under domsforhandlingen i medfør af § 836 a.

Identiteten på den pågældende person kan imidlertid ikke undtages fra forsvarerens adgang til aktindsigt efter § 745 b, hvis oplysningerne vil blive anvendt som bevis af anklagemyndigheden, og personen vil kunne indkaldes som

vidne, da den pågældende ikke er omfattet af § 836 a.

#### **4. Øvrige initiativer mod rockerkriminalitet**

##### *4.1. Mulighed for at foretage indgreb i meddelelshemmeligheden*

1. Indgreb i meddelelshemmeligheden (dvs. telefonaflytning, anden aflytning, teleoplysning, udvidet teleoplysning, brevåbning og -standsning) kan efter retsplejelovens § 781 foretages, hvis der er bestemte grunde til at antage, at der på den pågældende måde gives meddelelser eller foretages forsendelser til eller fra en mistænkt (§ 781, stk. 1, nr. 1). Endvidere er det en betingelse, at indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen (§ 781, stk. 1, nr. 2). Herudover kræves som udgangspunkt, at efterforskningen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover (§ 781, stk. 1, nr. 3). Der gælder imidlertid en række undtagelser fra dette kriminalitetskrav. Således kan der eksempelvis – uanset at strafferammen er under 6 år – foretages indgreb i meddelelshemmeligheden i forbindelse med efterforskning af sager om overtrædelse af straffelovens § 235 om børnepornografi.

2. For at skabe mulighed for i rufferisager at foretage indgreb i meddelelshemmeligheden er der med lov nr. 436 af 10. juni 2003 indsat en henvisning i retsplejelovens § 781, stk. 1, nr. 3, til straffelovens § 228, der har en strafferamme på fængsel indtil 2 år. I sager om bagmandsvirkosomhed i forbindelse med prostitution er der herefter mulighed for at foretage indgreb i meddelelshemmeligheden, uanset at det almindelige krav om mindst 6 år i strafferammen ikke er opfyldt.

#### 4.2. Underretning om indgreb i meddelelshemmeligheden

1. Efter den hidtil gældende bestemmelse i retsplejelovens § 788, stk. 4, om muligheden for at undlade underretning om et foretaget indgreb i meddelelshemmeligheden, kunne underretning undlades, hvis underretningen ville være til skade for efterforskningen, eller omstændighederne i øvrigt talte imod underretning.

Bestemmelsen er i retspraksis blevet fortolket ganske restriktivt, således at muligheden for helt at undlade underretning meget sjældent udnyttes. Ligeledes er underretning ofte kun blevet tilladt i et kortere tidsrum.<sup>39</sup>

Efterforskning af kriminalitet begået i organiserede miljøer er ofte meget langvarig, og efterfølgende underretning til en mistænkt person om et indgreb i meddelelshemmeligheden kan give anledning til, at anden efterforskning afsløres, da der i sådanne sager typisk vil blive foretaget efterforskningsindgreb mod flere personer fra det samme kriminelle miljø på samme tid.

2. På den baggrund er der med lov nr. 436 af 10. juni 2003 foretaget en ændring af § 788, stk. 4. Med ændringen er det præciseret, at underretning om det foretagne indgreb kan undlades eller udsættes, hvis underretningen vil skade efterforskningen af den kriminalitet, der har begrundet indgrebet, eller anden efterforskning af alvorlig kriminalitet, eller omstændighederne i øvrigt taler imod underretning.

Det er i bemærkningerne til lovforslaget forudsat, at den præciserede bestemmelse blandt andet kan anvendes ved efterforskning af kriminalitet begået inden for et organiseret kriminelt miljø, som f.eks. rockergupper, hvor underretningen om det konkrete indgreb kan vanskelig-

gøre efterforskningen af anden kriminalitet begået inden for dette miljø.<sup>40</sup>

#### 4.3. Dataaflæsning

1. Efter retsplejelovens § 791 b kan politiet – uden at være til stede der, hvor et informationssystem benyttes – foretage dataaflæsning i informationssystemer af oplysninger, som ikke er offentligt tilgængelige. Dataaflæsning kan ske ved anvendelse af de såkaldte »snifferprogrammer« eller andet udstyr med henblik på, at der løbende tilsendes politiet kopi af ikke offentligt tilgængelige oplysninger i et informationssystem.

Betingelserne for anvendelse af dataaflæsning er, at indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen, og at der er bestemte grunde til at antage, at det pågældende informationssystem (computer mv.) anvendes i forbindelse med planlagt eller begået kriminalitet. Det svarer til de betingelser, der gælder for indgreb i meddelelshemmeligheden, jf. retsplejelovens § 781, stk. 1, og hemmelig ransagning, jf. retsplejelovens § 799.

Endvidere har indgreb i form af dataaflæsning efter de hidtil gældende regler været begrænset til at omfatte sager, hvor politiet efterforsker en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitel 12 eller 13 om forbrydelser mod statens sikkerhed mv. eller en overtrædelse af straffelovens §§ 180 (forsætlig forvoldelse af ildebrand), 183, stk. 1 og 2 (forvoldelse af sprængning, oversvømmelse, skibbrud mv.), 183 a (kapring), 186, stk. 1 (forurening af drikkevand o.lign.), 187, stk. 1 (sundhedsfarlig forurening), 191 (grov narkotikakriminalitet), 192 a (særlig grove våbenlovsovertrædelser) eller 237 (manddrab).

39. Der henvises til lovforslagets bemærkninger, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6742.

40. Jf. herved bemærkningerne til lovforslaget i Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 6753.

2. Dette kriminalitetskrav er med lov nr. 436 af 10. juni 2003 blevet ændret. Det fremgår nu af § 791 b, stk. 1, nr. 3, at dataaflysning kan anvendes, hvis efterforskningen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller en overtrædelse af straffelovens §§ 286, stk. 1 (groft tyveri)<sup>41</sup> eller 289 (skattesvig, momssvig og indsmugling af særlig grov karakter).

Kriminalitetskravet for dataaflysning svarer derfor i dag til det kriminalitetskrav, der som udgangspunkt finder anvendelse ved indgreb i meddelelshemmeligheden, jf. § 781, stk. 1, nr. 3, og ved kvalificeret observation af personer, der befinder sig i en bolig eller andre husrum, jf. § 791 a, stk. 3, nr. 3.

#### 4.4. Udvidet udbyttekonfiskation

1. Straffelovens § 75 omhandler konfiskation af udbytte, som den tiltalte har opnået ved den lovovertrædelse, den pågældende findes skyldig i. Bestemmelsen i § 76 a giver derimod mulighed for konfiskation, uden at anklagemyndigheden kan bevise en forbindelse mellem en konkret forbrydelse og det konfiskerede. Også § 76 a stiller krav om, at udbytte for at kunne konfiskeres skal stamme fra kriminelle handlinger. Bevisbyrden er imidlertid vendt, således at tiltalte for at undgå konfiskation skal bevise eller sandsynliggøre, at formuen er erhvervet på lovlig måde eller for lovligt erhvervede midler, jf. § 76 a, stk. 4.

41. Henvisningen til § 286, stk. 1, er senere ophævet ved lov nr. 218 af 31. marts 2004 i forbindelse med, at strafmaksimum i § 286, stk. 1, blev hævet fra 4 års fængsel til 6 års fængsel.

Efter den hidtil gældende bestemmelse i straffelovens § 76 a har det været en betingelse for at foretage udvidet udbyttekonfiskation, at – ud over at den pågældende person findes skyldig i en strafbar handling, der er egnet til at give et betydeligt udbytte – den strafbare handling efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover eller er en overtrædelse af straffelovens § 286, stk. 1, om groft tyveri.

Der har således ikke efter de hidtil gældende regler været mulighed for at foretage udvidet udbyttekonfiskation i sager om overtrædelse af lovgivningen om euforiserende stoffer, hvor der er tale om en stofmængde eller -type, der ikke er omfattet af straffelovens § 191. Dette gælder, uanset at der i mange tilfælde er tale om kriminalitet af en type, som erfaringsmæssigt kan give betydeligt udbytte, og hvor der på baggrund af denne kriminalitet og de store formuegoder, som den pågældende ejer, kan være en velbegrundet mistanke om, at den opklarede kriminalitet kun er en del af den kriminalitet, som den pågældende har begået. Det samme gør sig gældende ved sager omfattet af straffelovens § 289 om grov skattesvig, grov momssvig og indsmugling af særlig grov karakter.

2. Med henvisning hertil er straffelovens § 76 a ved lov nr. 436 af 10. juni 2003 udvidet til også at omfatte sager om overtrædelse af lovgivningen om euforiserende stoffer<sup>42</sup> og sager om grov skatte- eller momssvig eller indsmugling af særlig grov karakter efter straffelovens § 289.

42. Det er fortsat et krav for anvendelse af udvidet udbyttekonfiskation efter § 76 a, at den pågældende er dømt for en lovovertrædelse, der kan give et betydeligt udbytte. Ændringen af § 76 a vil derfor navnlig få betydning for større overtrædelser af lovgivningen om euforiserende stoffer.

Lov om kommunernes styrelse  
Normalforretningsorden



Med kommentarer af  
Hans B. Thomsen  
Pernille Christensen  
Christian Schonau

Jurist- og Økonomforbundets Forlag