

Om loyalitet, forvaltningsretlige principper og det offentliges retssagsførelse

af

Frederik Waage

1. Indledning

Skal Kammeradvokaten vinde for enhver pris – eller skabe retfærdighed for borgeren?

Spørgsmålet blev stillet til den nuværende kammeradvokat i et længere interview i Advokaten fra 2012.¹ Retfærdighed er jo noget af en størrelse at forholde sig til, og Kammeradvokaten svarede – forståeligt nok – ikke direkte på spørgsmålet. Han udtalte dog blandt andet, at hans kontor var »ret gode« til at lukke sager uden dom, hvis det var overvejende sandsynligt, at klienten – altså staten – ville tabe dem. Det private advokatfirma Poul Schmith, der siden 1936 har varetaget hvervet som kammeradvokat, vinder da også hovedparten af de retssager, firmaet fører. I et jubilæumsskrift for advokatkontoret fra 2010 præsenteredes en farverig graf, der angav, at staten, i det foregående års første tre kvartaler, havde lidt nederlag til borgeren 83 gange, men sejret over borgeren hele 574 gange.² Kammeradvokaten lykønskede i skriftet sine medarbejdere under overskriften: »Man må gerne hjælpe heldet lidt på vej ved at gøre sig umage«.³

At Kammeradvokatens medarbejdere gør sig umage med at hjælpe heldet på vej, hersker der ikke nogen tvivl om. Kontoret er kendt for sine dygtige advokater, der gør en god figur i og uden for de danske retssale. Danske dommere er begejstrede for Kammeradvokatens processkrifter, der er gennemarbejdede, og »går spadestikket dybere.« Det er en udbredt opfattelse ved domstolene, at en tilbunds gående retssagsbehandling af f.eks. komplicerede skattesager vanskeligt kunne gennemføres uden Kammeradvokatens grundige processkrifter, der dog i sagens natur altid er partsindlæg. De mange embedsmænd, som Kammeradvokaten samarbejder med, virker lige-

¹ Se Advokaten nr. 2, Advokatsamfundet, 2012, side 20ff.

² Status, tanker og triumfer som kammeradvokat, Advokatfirmaet Poul Schmith, 2010, side 38.

³ Op.cit., side 2.

ledes overvejende tilfredse med kammeradvokatordningen. Over for borgeren fremstår Kammeradvokaten som en formidabel modstander, der til fulde matcher hovedstadens andre store advokatkontorer. Firmaets succeser ved domstolene skyldes ikke kun, at dets advokater har en afgørende indflydelse på de embedsmænd, der skal træffe beslutning, om staten skal forlige eller »tage bekræftende til genmæle« i potentielle »taber-sager«. Succeserne skyldes heller ikke kun, at mange af sagerne er »vinder-sager«, der på forhånd har været genstand for en omfattende administrativ juridisk sagsbehandling. Advokatfirmaet Poul Schmith har med sin grundlæggende ekspertise og uovertrufne erfaring med statens retssagsførelse utvivlsomt en betydelig del af »æren« for de høje succesrater i statens retssager mod borgeren.

Kammeradvokatens særlige rolle i den danske civilproces giver imidlertid anledning til at stille visse principielle spørgsmål. Nogle af disse kunne f.eks. formuleres som følger:

Giver det nogen mening at omtale en dom, hvor borgeren får medhold i sin fortolkning af en af Folketinget vedtaget lov, som et »nederlag« for staten? Må statens advokat, ud fra et *opportunistisk* synspunkt, undgå at fremlægge for staten velkendte sagsoplysninger, som borgerens advokat imidlertid ikke er bekendt med, og som ville afgøre sagen til borgerens fordel? Handler det, at føre retssager på vegne af staten, alene om at undgå at tabe retssager? Må statens advokat strategisk udnytte en uvidenhed hos borgeren om en forestående forældelse – og trække en forhandling i langdrag, så borgeren lider et retstab, når forældelsen indtræder? Kan det passe, at den vejledningspligt, der ellers gælder i forvaltningsretten, ikke vil gælde for statens advokat i en sådan eller lignende situationer?

1.1. Kammeradvokaten og forvaltningsretten

Man kunne godt forledes til at svare bekræftende på disse spørgsmål, hvis man læser Skatteministeriets retssagsvejledning.⁴ Heraf fremgår det, at Kammeradvokaten skal vurdere alle henviste sager og føre dem til hovedforhandling uden yderligere instrukser, hvis Kammeradvokaten vurderer det for overvejende sandsynligt, at det vil føre til et gunstigt resultat for Skatteministeriet.⁵ Vejledningen blev i 2011 kritiseret af Advokatrådets Skatteudvalg i en redegørelse om retssikkerhed på skatteområdet.

Advokatrådet fandt, at Skatteministeriet som offentlig myndighed ikke burde have nogen interesse i at vinde retssager, »men alene en interesse i at fastslå, hvad der er den korrekte retsstilling«⁶

Statens advokat skal naturligvis overholde de advokatetiske regler ligesom alle andre advokater. Herudover kan man, i tilslutning til Advokatrå-

⁴ Skatteministeriets retssagsvejledning af 21. december 2012 (SKM2012.756).

⁵ Retssagsvejledningen op.cit., punkt 3.1.

⁶ Retssikkerhed på skatteområdet, Advokatsamfundet, 2011, side 10.

dets udtalelse, spørge, om det påhviler det offentlige retssagsbehandlere at medvirke til, at dommeren når frem til den i substansen rigtige afgørelse med udgangspunkt i en saglig procesførelse, under indflydelse af (nogle af de) regler og principper, der gælder i forvaltningsretten. Dette spørgsmål vedrører nok til en vis grad den eksisterende kammeradvokatordning. Men mest af alt vedrører spørgsmålet den måde, retssager mellem stat og borger er organiseret på i Danmark.

2. Den danske forvaltningsretsplejes grundprincipper

2.1. Forhandlingsprincippet og materiel procesledelse

Når det offentlige behandler forvaltningsretlige klagesager, er borgeren som bekendt sikret af en række regler for god sagsbehandling. Som eksempel kan nævnes forvaltningslovens bestemmelser om partshørings- og vejledningspligt. Reglerne har blandt andet til hensigt at afbalancere det ulige styrkeforhold, der er mellem borger og stat. Forvaltningslovens sagsbehandlingsregler skal blandt andet sikre, at det offentlige ikke handler ensidigt. Gennem de såkaldte garantiforskrifter (f.eks. reglerne for partshørings- og begrundelsespligt) forpligtes det offentlige til også at vurdere sagen ud fra borgerens synsvinkel. Reglerne, der udmønter principper om saglig behandling af borgeren, gælder indtil den højeste rekursinstans måtte have truffet endelig afgørelse i forvaltningssagen. Kommer sagen herefter til domstolene, er det den almindelige opfattelse, at retsforholdet mellem borger og myndighed markant skifter karakter. De civilprocessuelle regler forstås normalt således, at de har et andet sigte end de nævnte forvaltningsretlige regler. Retsplejelovens såkaldte *forhandlingsprincip* dominerer nemlig civilprocessen. Princippet er nærmere fastslået i retsplejelovens § 338, hvoraf følger, at retten ikke kan tilkende en part mere, end parten har krævet, ligesom retten, med få undtagelser, kun kan tage hensyn til det, parten har gjort gældende i retten. Der består ganske vist en mulighed for dommeren til at gribe ind i parternes fremstilling af en sag i kraft af den såkaldte materielle procesledelse.⁷ Men denne beføjelse, der primært baserer sig på muligheden for at stille opklarende spørgsmål til parterne, har snævre grænser. Dommeren er, i indbragte forvaltningssager, i betydeligt omfang afhængig af fyldestgørende processkrifter og retvisende bidrag fra parterne.

2.2. Fraværet af et undersøgelsesprincip

I modsætning til i f.eks. Tyskland og Sverige, hvor offentligretlige retssager behandles ved forvaltningsdomstole, gælder der således ikke et egentligt

⁷ Se generelt om materiel procesledelse, *Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen*, Den civile retspleje, 2012, side 84f samt *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, Civilprocessen, 7. udgave, 2013, side 582ff. Se tillige *Finn Taksøe-Jensen*, Materiel Procesledelse, 1976, navnlig side 505ff.

undersøgelsesprincip for behandlingen af offentligretlige sager i den danske civilproces, hvorefter dommeren – også på eget initiativ – har medansvar for sagens rette oplysning. Den danske ordning baserer sig derimod på parternes frie ret til at disponere over deres sag, og den materielle sandheds princip, som kendes fra strafferetten, gælder ikke i civile retssager. En procesform baseret på parternes frie dispositionsret kan give god mening, når der er tale om jævnbyrdige parter, der er uenige om et økonomisk mellemværende. Men man kan stille spørgsmålet, om en sådan procesform egner sig til retstvister mellem offentlige myndigheder og borgere, der normalt ikke er jævnbyrdige. Den danske civile retsplejeordning er grundlæggende ikke organiseret med henblik på facilitering af retssager mellem stat og borger, men derimod retssager mellem private.⁸ Retstvister, der f.eks. drejer sig om tvangsmæssig anbringelse af et barn, behandles efter samme processuelle regler som retssager om entrepriseretlige mangler ved et byggeri, uanset sagernes materielle forskellighed.

3. Retssagsbehandlingen særlige karaktertræk

Kammeradvokatens salær beregnes i lands- og højesteretssager efter de sædvanlige salær-kriterier, der gælder for private advokaters aflønning i civile retssager. I overensstemmelse med retspraksis på det privatretlige område opkræves honoraret med vægt på det »opnåede resultat, sagens beskaffenhed og arbejdets omfang«.⁹ At statens advokat i praksis tildeles et højere salær, afhængigt af, om sagen »vindes eller tabes«, uanset om der er tale om en privat- eller offentligretlig sag, understreger, at også taktisk-betonede resultater belønnes under den gældende kammeradvokatordning.

Og det kan naturligvis ikke bebrejdes Kammeradvokaten, at kontorets målsætning er at vinde over borgeren. Det ville være mærkeligt, hvis en advokat skulle gå i retten uden et ønske om at vinde klientens sag. Opdelingen af retssagens parter i »tabere og vindere« kan da også finde støtte i retsplejelovens § 312, der netop opererer med begrebet »tabende« part ved beregningen af sagsomkostninger. At partens helt snævre og taktiske interesse i at vinde en sag, på den anden side, ikke ydes beskyttelse i dansk procesret følger dog blandt andet af det forhold, at en procespart ikke under henvisning til »væsentlig skade« i vidnefritagelsesreglen jf. retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3, kan modsætte sig en editionsbegæring efter retsplejelovens § 298, stk. 1, *alene* fordi sagens rette sammenhæng opdages ved fremlæggelse af dokumentet.¹⁰

⁸ *Pernille Boye Koch* berører blandt andet dette emne i U 2005B.1 og U 2001B.283. Der henvises i sidstnævnte artikels note 11 til eksempler fra den procesretlige litteratur angående emnet.

⁹ Jf. f.eks. U 2005.743 H og U 1999.1414/2 H.

¹⁰ Jf. *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, op.cit., side 713.

3.1. Retssagens rollefordeling

Retssagens grundlæggende organisering medfører, at sagsbehandlingen – hvad enten denne varetages af en advokat eller undtagelsesvis en embedsmand¹¹ – adskiller sig fra andre former for administrativ sagsbehandling. Procespartens (advokats) opgave er – i forening med modparten – at frembringe materiale, der skal forelægges dommeren med henblik på dommerens bedømmelse. I modsætning til forvaltningens behandling af traditionelle sagsbehandlingsopgaver, er formålet *ikke* at forberede sagsbehandlerens *egen* afgørelse i sagen. Retssagsbehandlingen kan derfor umiddelbart sammenlignes med de sagsbehandlingsformer, der indebærer forberedelse af en afgørelse, truffet af en »udenforstående«, som f.eks. hvor en juridisk sagsbehandler i et nævnssekretariat forbereder en indstilling til nævnet. Forberedelsen af en nævnsafgørelse er dog væsensforskellig i forhold til retssagsbehandlingen, der har til formål at frembringe materiale, der bogstaveligt talt udgør et partsindlæg i den verserende sagsbehandling. I modsætning til forvaltningens almene sagsforberedelse, der stiler mod etableringen af et *afbalanceret* grundlag for en afgørelse, baserer retssagsbehandlingen sig på den grundlæggende forudsætning for udfærdigelsen af det civilprocessuelle partsindlæg, at modpartens advokat vil fremkomme med et modsatrettet indlæg, således at retten får et ligevægtet oplysningsgrundlag at fælde dom på. Det er altså en underforstået *forudsætning* for udfærdigelsen af det civilprocessuelle partsindlæg, at modpartens advokat vil fremkomme med et modindlæg.¹²

4. Problemer ved den gældende danske procesordning

Uanset denne i procesformen indbyggede afbalancering, kan der imidlertid argumenteres for, at det danske civilprocessuelle retssystem i nogen grad fremstår svækket af det forhold, at der ikke gælder noget undersøgelsesprincip for dommere, sammenholdt med, at det er statens advokats opgave at optræde ensidigt. Der kan argumenteres for, at denne svækkelse hovedsageligt kan afhjælpes på to måder. *For det første* kan undersøgelsesprincippet, gennem en processuel reform, i videre udstrækning indføres ved de danske domstole i offentligretlige sager. Dommeren ville i dette scenarie blive til-

¹¹ I centraladministrationen findes i slutningen af 2013 kun en enkelt myndighed, der regelmæssigt optræder som selvmøder i civile sager ved domstolene efter reglerne i retsplejelovens § 260, nemlig Forbrugerombudsmandens kontor. Esbjerg Kommune er i øjeblikket så vidt vides den eneste kommunale myndighed, der opretholder en permanent ordning, hvor byretssager (men ikke sager for øvrige domstole) varetages af interne jurister.

¹² Om den »ensidige« retssagsførelse, se nærmere *Henrik Zahle*, *Det juridiske bevis*, 1976, navnlig side 633f.

delt en mere aktiv rolle i procesledelsen og sagsopklaringen.¹³ *For det andet* kan nogle af de ulemper, der er forbundet med den manglende anvendelse af undersøgelsesprincippet, kompenseres gennem en øget opmærksomhed på de krav af forvaltningsretlig karakter, der gælder for personer, der forestår retssagsførelse på vegne af offentlige myndigheder i civile retssager. Førstnævnte løsningsforslag vil kræve omfattende ændringer i den nugældende domstolsordning, grundet de grundlæggende hensyn, der ligger bag denne ordning. De lande, der opererer med et undersøgelsesprincip i forvaltningsretsplejen, har som regel dette princip forankret i et forvaltningsdomstolssystem. Men en indførelse af forvaltningsdomstole i dansk ret, med henblik på understøttelsen af et udvidet undersøgelsesprincip, vil stride mod en lang praksis for anvendelse af generalistdommere ved domstolene. Generalistprincippet har fortsat overvældende støtte i teori og praksis.¹⁴ Hertil kommer, at den danske grundlov vanskeliggør opbyggelsen af et selvstændigt forvaltningsdomstolssystem, som kendt fra f.eks. Frankrig, Sverige og Tyskland, eftersom grundlovens § 63, stk. 2 forudsætter, at Højesteret skal være øverste instans for de forvaltningsdomstole, der eventuelt måtte blive oprettet. Umiddelbart forekommer det andet løsningsforslag derfor lettere realiserbart.

4.1. Krav af forvaltningsretlig karakter til staten som procespart

4.1.1. Henrik Zahle og Bent Christensen

Henrik Zahle skrev i en artikel fra 1979, at offentlige myndigheder ikke kunne fritages fra at leve op til de krav, der i almindelighed stilles til forvaltningsakter, blot ved at overlade det til en advokat at føre sagen.¹⁵ Der måtte på dette punkt – ifølge Zahle – gælde de samme regler for en forvaltningsmyndighed som for anklagemyndigheden. Også Bent Christensen tilsluttede sig sidenhen det synspunkt, at der må gælde et egentligt objektivitetsprincip for statens advokat.¹⁶ Dette svarede ifølge Christensen til anklagemyndighedens objektivitetsprincip efter retsplejelovens § 96, stk. 2.

4.1.2. Jon Stokholms kritik af teorien om et objektivitetsprincip

Disse lidt ældre udtalelser, der relaterer sig til Kammeradvokatens og andre myndighedsadvokaters rolle, er, over de senere år, ofte blevet citeret i den

¹³ Erik Werlauff offentliggjorde i Juristen nr. 3, 2001, side 77ff, et detaljeret forslag til indførelsen af et mere videregående undersøgelsesprincip i forvaltningsretsplejen. Werlauff var på daværende tidspunkt medlem af Retsplejerådet, men forslaget førte ikke til nye lovgivningsinitiativer på området.

¹⁴ Se f.eks. Retsplejerådets betænkning 1401: Reform af den civile retspleje I, 2001, side 31.

¹⁵ Henrik Zahle, Om de civile domstoles behandling af offentligretlige sager, 1979, side 313ff.

¹⁶ Bent Christensen, Forvaltningsret, domstolsprøvelse af forvaltningsakter, 1988, side 24.

juridiske litteratur, men de blev i 2012 kategorisk tilbagevist af højesteretsdommer Jon Stokholm. I Højesterets 350-års jubilæumsskrift påpegede han blandt andet, at Kammeradvokaten mødte for at vinde retssagen for sin klient, ligesom Kammeradvokaten »ikke er en generaladvokat, således som det kendes fra de frankofone retssystemer og EU-domstolen i Luxembourg, i form af en neutral, udefrakommende, objektiv vejleder for retten.«¹⁷ Kammeradvokatens stilling kunne, ifølge Jon Stokholm, heller ikke sammenlignes med anklagemyndighedens stilling efter den nævnte bestemmelse i retsplejelovent. Jon Stokholm fremkom ikke med en nærmere begrundelse for sin kategoriske afvisning af sammenligningen mellem Kammeradvokaten og anklagemyndighedens stilling. Men det var Jon Stokholms opfattelse, at kammeradvokaten »ligesom alle andre advokater«, skulle være sig bevidst om, hvem klienten var, og at kammeradvokaten skulle udvise »samme ansvar og loyalitet som andre advokater.« Navnlig højesteretsdommerens henvisning til loyalitet er det her værd at fæstne sig ved. Kravet om loyal optræden over for modparten gennemsyrrer nemlig ikke bare de advokatetiske regler.¹⁸ Loyalitetspligten er tillige en integreret del af den danske civilprocesordning, hvilket nærmere uddybes nedenfor i afsnit 5.

4.1.3. Objektivitetsprincippet og det praktiske retsliv

Objektivitetsprincippet, som Zahle og Christensen henviste til, er et sagsbehandlingsprincip, der henhører under strafferetsplejen. Men på trods af de markante forskelle på strafferetsplejen og den civile retspleje forekommer sammenligningen mellem anklageren og statens civile advokat på nogle områder meget nærliggende. Tilsidesætter et besætningsmedlem groft sine pligter om bord på et luftfartøj eller et skib, kan retten til at gøre tjeneste ombord inddrages af myndighederne. Både efter luftfartsloven og skibsbesætningsloven kan medlemmet kræve, at en sådan inddragelse indbringes for retten. Efter luftfartslovens § 150, stk. 6, skal anklagemyndigheden heretter rejse tiltale efter de straffeprocessuelle regler. Derimod skal inddragelsen efter skibsbesætningslovens § 22, stk. 3, prøves ved et søgsmål i den borgerlige retsplejes former. Dette indebærer, at Søfartsstyrelsens partsrepræsentant, i praksis Kammeradvokaten, iværksætter et civilt søgsmål, idet der udtages stævning mod besætningsmedlemmet. Indgrebene over for hvert besætningsmedlem forekommer lige intensive; der er i begge tilfælde tale om forvaltningsretlige afgørelser, der kan føre til en rettighedsfrakendelse. At lovgiver ikke desto mindre alene har ladet de straffeprocessuelle regler, og herunder objektivitetsprincippet efter § 96, stk. 2, gælde for ansatte underlagt luftfartsloven, har næppe i sig selv været tilsigtet. Henset til intensi-

¹⁷ Jon Stokholm, Højesterets funktion som domstol på skatteområdet siden ca. 1960, Højesteret gennem 350 år, 2011, side 351 ff..

¹⁸ Se til eksempel de advokatetiske regler, punkt 2.1.

teten af indgrebet, der kan sammenlignes med en rettighedsfrakendelse jf. straffelovens § 79, vil domstolene muligvis forvente, at statens advokat lever op til de samme retsgarantier, som gælder for anklagemyndigheden. Noget kunne således tale for at anvende et civilprocessuelt objektivitetsprincip i en sådan situation.

4.1.4. Forvaltningsretsprincippers virkning i retsplejen

Jon Stokholms synspunkter kan imidlertid ikke blot herved affejes. Bent Christensens og Henrik Zahles ofte citerede analogislutning til retsplejelovens § 96, stk. 2 forekommer af begrænset rækkevidde. Den passer måske nok på visse enkelt-situationer, som de ovenfor nævnte, men kan vanskeligt overføres på de talrige processuelle problemstillinger, der opstår, hvor staten optræder som både part og myndighed. Dette er nok også grunden til, at objektivitetsprincippet sjældent ses påberåbt i retspraksis. En bredere tilgang end den, der udtrykkes i den citerede forvaltningsretlige teori angående objektivitetsprincippet i civilprocessen, forekommer derfor påkrævet. Den første konsekvens af denne videreudvikling vil være, at opmærksomheden løftes ud over det begrænsede objektivitetsprincip for den offentlige myndighed som civilprocessuel part, og at princippet i stedet indrangeres blandt de øvrige principper, der sammenfattende er gældende for »saglig offentligretlig sagsbehandling.« Spørgsmålet, der skal stilles, er herefter ikke, om objektivitetsprincippet gælder i civilprocessen, når den offentlige myndighed er procespart. Spørgsmålet er snarere, om objektivitetsprincippet, lighedsprincippet, magtfordrejningsforbuddet, proportionalitetsprincippet, partshøringspligten, vejledningspligten og øvrige forvaltningsprincipper kan finde anvendelse civilprocessuelt – og forpligte staten som procespart.

At offentlige myndigheder også processuelt er bundet af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger følger eksempelvis af dommene U 1956.289 H og U 2011.1616 H. Denne retspraksis fastslår blandt andet, at det offentlige ikke må nedlægge en påstand i strid med henholdsvis magtfordrejningsforbuddet og lighedsprincippet. Statens overholdelse af grundlæggende forvaltningsretlige principper kan imidlertid næppe begrænses til påstandsnedlæggelsen.

Ovennævnte kammeradvokat Karsten Hagel-Sørensen har, som juridisk forfatter, så vidt vides ikke forholdt sig nærmere til eksistensen af et objektivitetsprincip eller forvaltningsretlige reglers civilprocessuelle virkninger i øvrigt. Han har dog bl.a. anført, at en forvaltningsmyndighed ikke kan træffe afgørelser eller under en retssag indtage et standpunkt, der utvivlsomt strider mod en fast praksis, der følges af myndighedens overordnede rekursinstans. Her vil en anvendelse af den almindelige lighedsgrundsætning, iføl-

ge Karsten Hagel-Sørensen, medføre, at den underordnede myndighed må ændre sin afgørelse.¹⁹

Jon Andersen bemærker, at legalitetsprincippet sætter visse rammer for den offentlige procesparts formulering af påstande og anbringender, idet processtilkendegivelserne »skal udfærdiges i overensstemmelse med almindelige saglige krav.«²⁰ Sten Bønsing konkluderer, uden nærmere begrundelse, at forvaltningen, når den optræder som part i en retssag, også skal respektere forvaltningsrettens regler bl.a. om saglighed, hjemmel, mv.²¹

Alf Ross' synspunkter, hvorefter »al offentlig myndighed skal udøves i fællesskabets ånd«, på grundlag af »saglige«, »almene« vurderinger, og Ross' henvisning til lighedsprincippet og forbuddet mod magtfordrejning i sammenhæng med dette, forekommer her relevante.²² Synspunkterne kan i øvrigt give anledning til nærmere overvejelser om, hvorledes det element af tvang, der traditionelt er indbefattet i begrebet myndighedsudøvelse, fordrer et mere omfattende krav på retlig kontrol, også i civilprocessen. At forvaltningsretlige principper i nogen grad har civilprocessuel virkning følger som nævnt af retspraksis. Spørgsmålet er dog i hvor høj grad de forvaltningsretlige regler kan slå igennem – set i lyset af blandt andet den ovennævnte forudsætning om ensidig retssagsførelse. En nærmere besvarelse af spørgsmålet skal ikke forsøges i denne artikel.²³ Umiddelbart kan opmærksomheden dog henledes på den grundlæggende sondring mellem det offentlige som *myndighedsudøver* og *part i private retsforhold*, der kan udledes af retsplejeloven.²⁴ Der kan, med henvisning til sondringen, argumenteres for, at den offentlige myndighed særligt er forpligtet af offentligretlige principper i retstvister, hvor det offentlige optræder som myndighedsudøver. Omvendt kan der argumenteres for, at det civilprocessuelle loyalitetsprincip, der omtales straks nedenfor, i højere grad har relevans i situationer, hvor det offentlige optræder som part i private retsforhold.

5. Det civilprocessuelle loyalitetsprincip

Henrik Zahle og Bent Christensens betragtninger om legalitetsprincippet og analogien mellem statens anklager og statens civile advokat er fortsat grundlag for sporadiske henvisninger i den juridiske litteratur til eksistensen af et civilprocessuelt objektivitetsprincip, der angives at gælde for det offentliges

¹⁹ Karsten Hagel-Sørensen i Pernille Backhausen mfl., *Proceduren*, 2009, side 521.

²⁰ Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen mfl., *Forvaltningsret*, 2. udg., 2001, side 814.

²¹ Sten Bønsing, *Almindelig forvaltningsret*, 3. udg., 2013, side 408.

²² Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 1971-udgaven, side 247.

²³ Spørgsmålet er genstand for behandling i mit igangværende forskningsprojekt ved Juridisk Institut, Syddansk Universitet.

²⁴ Om denne sondring, se nærmere min artikel i U 2013B.214, afsnit 3.

rettergangs-fuldmægtige ved domstolene.²⁵ Derimod ses det civilprocessuelle loyalitetsprincip, som Jon Stokholm synes at henvise til, sjældnere behandlet i den processuelle litteratur. Det ligger dog fast, at der, ligesom i obligationsretten, også gælder et civilprocessuelt loyalitetsprincip. Mens loyalitetsprincippet i obligationsretten f.eks. er kodificeret i aftalelovens § 4, stk. 2 og § 31, er et parallelt loyalitetsprincip f.eks. kodificeret i retsplejelovens § 356 og § 358, hvorefter retten bestemmer, hvornår forberedelsen slutes, med den konsekvens, at nyt processtof ikke kan bringes ind i sagen. Princippet kommer til udtryk, idet det er et bærende hensyn bag disse regler, at parten »ikke bør kunne tabe en sag, fordi han bliver overrasket af noget nyt, der uvarslet bliver fremført af modparten«. ²⁶ Angående det processuelle loyalitetsprincip skriver Gomard og Kistrup i øvrigt generelt, at retten ikke kan imødekomme en processuel begæring, dersom begæringen ikke kan antages at forfølge et fornuftigt og rimeligt formål. Forfatterne påpeger nærmere, at det ikke er et loyalt rimeligt formål, at ville forhale eller besværliggøre en sag, eller søge at udnytte en processuel beføjelse til chikane eller på en anden måde, der strider mod lov og ærbarhed. ²⁷ Retsplejelovens loyalitetspligt følger endvidere f.eks. af lovens § 490, der i nogen grad begrænser kreditorers muligheder for at foretage udlægsforretninger over for debitorer, som inden for de seneste 6 måneder har været udsat for en udlægsforretning, og hvor det ikke har været muligt at opnå dækning. Den nævnte såkaldte *fredningsregel* baserer sig på et klart loyalitetshensyn; at beskytte debitorer mod formålsløse eller uegnede udlægsforretninger. ²⁸

Henrik Zahle behandlede i sin disputats om det juridiske bevis indgående den processuelle loyalitetspligt og bemærkede nærmere, at advokaten ikke måtte gå videre, end et berettiget hensyn til varetagelsen af klientens interesser tilsagde. Zahle pointerede endvidere, at det navnlig var utilstedeligt, at foretage unødige retsskridt, eller søge sagens interesser fremmet på utilbørlig måde. ²⁹ Henrik Zahle henviste i øvrigt til kravene om loyalitet under ekstraheringen, ligesom der var krav om loyalitet ved forelæggelse og dokumentation af sagens dokumenter. ³⁰ Zahle påpegede, under henvisning til

²⁵ Som eksempel på en nyere henvisning til objektivitetsprincippet, se f.eks. *Peter Nørsgaard*, *Private Straffesager*, 2012, side 240.

²⁶ Jf. *Peter Blume* i U 1976B.185, side 186.

²⁷ *Bernard Gomard og Michael Kistrup*, op.cit., side 433.

²⁸ Se *Munkholm og Nielsen* i U 1999B.171. Som eksempel fra praksis på anvendelse af reglen, se U 1980.943 VLK, hvor kreditor skulle bære risikoen for, at der ikke havde været grundlag for at begære en fagedforretning genoptaget.

²⁹ *Henrik Zahle*, Op.cit., side 630ff.

³⁰ Se *Zahle*, Om det juridiske bevis, side 632.

den juridiske litteratur, at proceduren nok var et partsindlæg, ikke et responsum, men at den dog ikke derfor måtte blive illoyal.³¹

Der foreligger kun en begrænset trykt retspraksis angående det procesuelle loyalitetsprincip. Den ledende afgørelse på området er fortsat en højesteretskendelse fra besættelsestiden, refereret i U 1942.363 HK.³² I kendelsen kritiserede Højesteret en advokat for at have fortiet sagsoplysninger, der helt åbenbart havde relevans for sagen. Der var ikke knyttet nogen sanktion til kritikken, der ikke havde særlige (disciplinære) følger for advokaten. Retsplejeloven kan dog blandt andet siges at opstille et værn mod illoyal optræden i lovens § 318, hvorefter en part, som på uforsvarlig måde har foranlediget spildte møder, uforholdsmæssige udsættelser, unyttig bevisførelse eller andre overflødige processuelle skridt, skal erstatte modpartens udgifter, selv om parten i øvrigt vinder sagen.³³

6. Den unikke danske kammeradvokatordning

6.1. Monopol eller udbud, Moderniseringsstyrelsens undersøgelse i 2012

Spørgsmålet, om den danske kammeradvokatordnings fremtid, har, i en længere årrække, været genstand for offentlig debat. Advokatfirmaet Poul Schmiths særegne monopol på statslig retssagsførelse er fortsat omdiskuteret. Moderniseringsstyrelsen under Finansministeriet foretog i 2012 en omfattende undersøgelse af Kammeradvokatordningen.³⁴ I tilknytning til denne udarbejdede Justitsministeriets departement en notits om visse EU-udbudsretlige spørgsmål i forbindelse med kammeradvokatordningen.³⁵ Justitsministeriet var, ifølge notitsen, mest tilbøjelig til at mene, at den samlede kammeradvokataftale ikke havde en sådan grænseoverskridende interesse, at der skulle ske en forudgående offentliggørelse, før der måtte blive indgået en ny lignende kammeradvokataftale i overensstemmelse med de relevante EU-udbudsregler. Ministeriet lagde navnlig vægt på, at det generelt gjaldt for de ydelser, der leveredes som et led i kammeradvokataftalen, at disse, som minimum, forudsatte gode dansk kundskaber og et indgående kendskab til dansk ret, herunder forvaltningsret og viden om dansk administrativ praksis.³⁶ Med udgangspunkt i Justitsministeriets vurdering angående ud-

³¹ *Zahle*, op.cit., side 632.

³² Se om dommen, *Bernhard Gomard og Michael Kistrup*, op.cit., side 233.

³³ Se tillige retsplejelovens § 319 angående sagsomkostninger.

³⁴ Moderniseringsstyrelsens rapport om statens indkøb af juridiske ydelser af 4. december 2012.

³⁵ Lovafdelingens notits af 17. august 2012. Offentliggjort som bilag til Moderniseringsstyrelsens rapport om statens indkøb af juridiske ydelser af 4. december 2012.

³⁶ Justitsministeriets notits vedrørte navnlig kravene i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning og fremgangsmåderne ved indgåelse af of-

bud, og i øvrigt på baggrund af den hidtil mest omfattende redegørelse for den gældende kammeradvokatordning, anbefalede Moderniseringsstyrelsen en reform af ordningen. Anbefalingen udelukkede ikke en række mulige nyskabelser ved ordningen, men baserede sig på den grundlæggende forudsætning, at statens advokatopgaver også fremtidigt skulle afvikles i en centralt koordineret aftale med ét privat advokatkontor.³⁷

6.2. Folketingets mandat til forhandlingerne om fremtidens kammeradvokatordning

Moderniseringsstyrelsens samlede rapport blev forelagt Folketingets Retsudvalg i forbindelse med behandlingen af et beslutningsforslag fremsat af Venstre angående spørgsmålet om udbud af statens advokatarbejde.³⁸ Udvalget afgav efterfølgende en beretning, der har karakter af en form for mandat for de aftaleforhandlinger, Finansministeriet skulle gennemføre med Kammeradvokaten. I mandatet var der foreslået flere nyskabelser i forhold til Kammeradvokatordningen. Flertallet fandt det blandt andet afgørende, at en ny aftale var økonomisk fordelagtig for staten, og at der skulle ske forskellige moderniseringer af ordningen. Kammeradvokatens regninger skulle være klarere og mere gennemskuelige, og Kammeradvokaten skulle forpligtes til at oplyse timeforbrug i alle sager. Statens institutioner skulle have en større budgetsikkerhed ved øget anvendelse af salæroverslag m.v.

Det er bemærkelsesværdigt, at udvalget fandt, at en ny kammeradvokataftale skulle understøtte, at statens institutioner i højere grad selv kunne varetage juridiske opgaver, f.eks. at møde i retssager. Denne mulighed var også omtalt i Moderniseringsstyrelsens rapport. Nærmere skulle regeringen fremover årligt overveje statens indkøbsstrategi, herunder om der var områder, hvor det ville være hensigtsmæssigt at anvende andre advokater eller selv at løse sine advokatopgaver. Der var her tale om en markant nyskabelse. Som nævnt har det i dag absolut undtagelsens karakter, at embedsmænd møder på vegne af offentlige myndigheder i civile retssager. Udvalget fandt endvidere, at en ny aftale skulle give staten større frihed til at tilrettelægge sin indkøbspolitik ved i højere grad at give mulighed for at anvende andre advokater end Kammeradvokaten, hvor de »tværgående faglige synergiefekter«, som lå til grund for kammeradvokatordningen, ikke gjorde sig gældende med særlig vægt. En ny aftale skulle således understøtte, at staten på sådanne områder kunne anvende andre advokater. Endelig fandt flertallet af Folketingets partier, at Kammeradvokatordningen grundlæggende burde opretholdes. Både Finansministeriet og Folketinget lagde således op til, at Ad-

fentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

³⁷ Moderniseringsstyrelsens rapport, op.cit., side 117ff.

³⁸ Beslutningsforslag nr. 14 af 24. oktober 2012 om udbud af statens advokatarbejde.

vokatkontoret Poul Schmith fortsat skulle have monopol på at føre et flertal af centraladministrationens retssager.

6.3. Kammeradvokatordningen i internationalt perspektiv³⁹

Den nugældende kammeradvokatordning er, i internationalt perspektiv, ganske unik. I de fleste vestlige landes centraladministrationer er det den almindelige ordning, at civil retssagsførelse varetages af embedsmænd.⁴⁰ I Tyskland forestår embedsmænd retssagsbehandlingen, både ved de tyske forvaltningsdomstole og ved øvrige domstole. Ved lavere forvaltningsdomstole og civile domstole repræsenteres ministerierne normalt af en embedsmand fra det for sagen relevante ministeriums juridiske afdeling. Embedsmænd må ikke føre retssager ved de højere domstole i Tyskland.⁴¹ I disse sager indhenter tyske ministerier derfor ekstern juridisk bistand, hvilket ofte sker ved private, højt specialiserede advokatkontorer.⁴² Ved de lavere retsinstanser i *England og Wales* forestår civil retssagsførelse både af embedsmænd, *solicitors* og *barristers*.⁴³ Offentlige *solicitor*-sager varetages dels af embedsmænd i de enkelte ministerier, dels af ansatte i den selvstændige *Treasury Solicitors* department, der kan betegnes som en advokatstyrelse. Visse *solicitor*-sager behandles dog af eksterne advokatfirmaer, der har indgået en rammeaftale med staten efter et afholdt udbud. Selve retssagsbehandlingen på vegne af det offentlige ved de højere domstole afvikles i alle tilfælde af private *barristers*.

I USA forestår alle den føderale stats civile retssager af en særlig afdeling af det amerikanske *Department of Justice*, der er en integreret del af embedsværket. Retssager for den amerikanske højesteret (*US Supreme Court*) forestås af *The Solicitor General*, en særligt højtstående embedsmand. I de enkelte delstater sker repræsentationen tilsvarende i overvejende grad ved embedsmænd, idet der dog lokalt i mindre omfang sker udlicitering til private advokatvirksomheder.

³⁹ Afsnittet baserer sig delvist på et responsum, jeg udarbejdede for Moderniseringsstyrelsen i 2012, offentliggjort i uddrag i kapitel 10 i Moderniseringsstyrelsens rapport om statens indkøb af juridiske ydelser.

⁴⁰ Det er ligeledes almindeligt, at man også her i nogen grad betjener sig af private advokater til løsning af civile retssagsopgaver

⁴¹ Dette følger af den tyske lov for embedsmænd (*Bundesbeamtengesetz*).

⁴² Ved forvaltningsdomstolene og forfatningsdomstolene er det imidlertid ligeledes ofte forekommende, at andre jurister, f.eks. juridiske professorer, engageres til at føre sådanne sager.

⁴³ *Solicitors* kan både være statsansatte og private, og de forestår primært konsulent- og rådgivningsopgaver. *Barristers* er udelukkende privatpraktiserende, og disse har særlig specialisering i at møde i retten. Om de engelske definitioner, se nærmere *Mads Bryde Andersen*, *Advokatretten*, 2005, side 138ff.

I Norge føres civile retssager på statens vegne af *Regjeringsadvokaten*, der er en højtstående, kongeligt udnævnt embedsmand, som refererer direkte til den norske statsministers kontor. Den norske ordning var oprindeligt meget sammenlignelig med den danske kammeradvokatorordning. Den skiftede dog karakter i forbindelse med en nybesættelse i 1962, hvor kompetenceområdet udvidedes, samtidig med at *Regjeringsadvokaten* blev ansat på departementschefslignende vilkår, ligesom denne blev afskåret fra at have andre klienter end staten. Regjeringsadvokaten udliciterer en begrænset mængde sager til behandling ved eksterne advokater.

I *Sverige* føres retssagerne i overvejende grad ved embedsmænd. Repræsentationen forestås af medarbejdere, der er spredt ud over hele forvaltningen, men som beskikkes af den svenske *Justitiekansler*. I særlige enkeltstående tilfælde engageres dog også ekstern advokathjælp i retssagsførelsen.

Det europæiske land, der i højeste grad kan sammenlignes med det danske i relation til organiseringen af statens repræsentation ved domstolene, er formentlig *Nederlandene*, der – ligesom Danmark – benytter sig af en kongeligt udnævnt privat advokat, *Landsadvocaaten*, og en kongeligt udnævnt privat skatteinddrivelsesadvokat *Rijksadvocaaten*. Ved de nederlandske forvaltningsdomstole er det imidlertid, som klart udgangspunkt, kun embedsmænd, der giver møde. Det er oftest også en embedsmand, der repræsenterer staten i retssager ved de civile domstole i *Nederlandene*, men i mindre omfang overlades repræsentationen til eksterne advokater, og her altså især *Landsadvocaaten*. I enkelte nederlandske ministerier er der ansat egentlige »inhouse-advokater« (med advokatbeskikkelse), der optræder i retssager på statens vegne.

6.4. Fremtidig dansk advokatorordning med både out- og insourcing?

Den danske præference for at lade erhvervsadvokater varetage retssagsbehandlingen, også i offentligretlige sager, kan nok især begrundes med, at den almene danske civilprocessuelle opfattelse i overvejende grad foreskriver sagsbehandling på privatretlige præmisser. Internationale erfaringer, eventuel forstærket fokus på en retssagsførelse i overensstemmelse med offentligretlige principper og procesbesparelseshensyn, gør det imidlertid nærliggende at spørge, om offentlig retssagsførelse fortsat alene bør være private advokaters domæne. En besvarelse af spørgsmålet kræver en retspolitisk diskussion.

For den private part, der vælger at sagsøge en offentlig myndighed, kan det have stor økonomisk betydning, om det offentlige lader sig repræsentere ved en embedsmand eller en ekstern advokat. I retsplejelovens § 316 forudsættes muligheden for den tabende parts dækning af ordinære sagsomkostninger for sagens forsvarlige udførelse således implicit udelukket for selv-

mødere. Dette bekræftes i retspraksis, eftersom borgere, der anlægger sag mod en myndighed repræsenteret ved embedsmænd, ikke skal svare ordinære sagsomkostninger, hvis sagen helt eller delvist tabes, jf. herved f.eks. U 2008.1369 V. Det kan ikke udelukkes, at en forøgelse af antallet af myndigheder, der optræder som selvmødere ved domstolene, vil føre til ændringer i denne retspraksis eller eventuelt en lovændring. Allerede på nuværende tidspunkt kan der således retspolitisk argumenteres for, at f.eks. kommunale embedsmænds retssagsarbejde har en værdi, der må kunne opgøres og kræves tilsvaret, hvis borgeren taber et (uberettiget) søgsmål. Uanset om retstilstanden for selvmøderes krav på dækning af sagsomkostninger måtte ændre sig, vil de samlede sagsomkostninger for myndighed og borger dog formentlig i nogen grad kunne reduceres, hvis det offentlige i højere grad anvendte embedsmænd på overenskomstmæssig løn til varetagelse af i hvert fald en del af det offentliges retssager.