

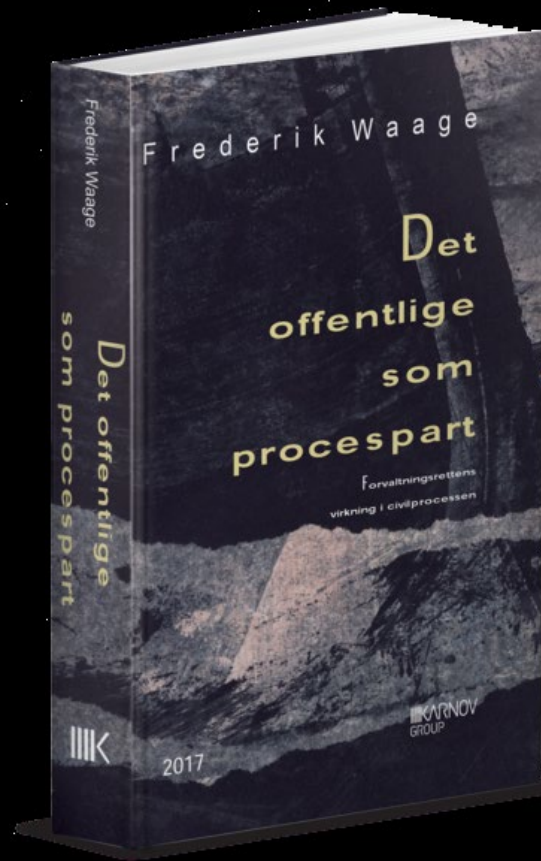
Det offentlige som procespart i udbudssager

Medlemsmøde

Dansk forening for udbudsret

15. Maj 2019

**Lektor, dr.jur. Frederik Waage
Juridisk Institut, Syddansk Universitet**



Det offentlige som procespart
Forvaltningsrettens virkning i civilprocessen
Karnov Group, 2017

Der var engang, hvor det offentlige ikke kunne sagsøges.
Sådan er det ikke mere. Det offentlige er i dag den hyppigst
optrædende part i den civile retspleje.

Grundlæggelsen af den vestlige retsstat

De vestlige stater var oprindeligt immune over for søgsmål ved almindelige domstole

USA og England: *"The King can do no wrong" – staten immun over for søgsmål medmindre andet følger af lov*

Frankrig og de tyske stater: staten var immun over for søgsmål frem til begyndelsen af det 19. århundrede – der oprettes i løbet af det 19. århundrede forvaltningsdomstole, som behandler retssager mod staten

Sverige: Kongen i vidt omfang immun over for søgsmål indtil de første forvaltningsdomstole oprettes fra 1909.

Danmark: Den enevældige konge immun over for søgsmål om forvaltningsakter indtil 1849 (magistratinstruksen 1795) og sager om offentligt erstatningsansvar udenfor kontrakt (1828-reskriptet). Kongen kunne normalt sagsøges ved domstolene som part i et privat retsforhold.

Vores retsstat er skabt på bekostning af den immune stat

- Med 1849-grundloven indføres bestemmelsen om prøvelse af øvrighedsmyndighedens grænser (i dag **grundlovens § 63**)
- Enevældens immunitet brydes – nu bliver det **muligt at sagsøge staten i sager om myndighedsudøvelse**
- Der udvikles herefter en domstolskontrol med forvaltningen baseret på dommerskabte **retsprincipper**
- I løbet af det 20. århundrede videreudvikles principperne, blandt andet i **ombudsmandspraksis**
- Grundsætningerne normerer i dag al offentlig virksomhed
- De er f.eks. **kodificeret** i forvaltningsloven, offentlighedsloven og retssikkerhedsloven

Reminiscenser af immunitet præger den moderne danske domstolskontrol

- Myndigheder er ikke som borgere rettighedsbærende aktører i sager om myndighedsudøvelse.
- Menneskerettighederne gælder som udgangspunkt ikke for statsmagter!
- Anskuet abstrakt har retsordenen løst problemet ved det offentliges særstilling/ manglende rettigheder ved at staten har bevaret *reminiscenser* af immunitet når staten optræder som myndighedsudøver...

F.eks. ved anerkendelse af endelighedsbestemmelser, søgsmålsfrister, tilbageholdenhed i prøvelsen af forvaltningens skøn, tilbageholdenhed med at prøve regeringsprærogativer og anerkendelsen af begrænsninger i culpa-ansvaret for offentlig myndighedsudøvelse.

Etableringen af den moderne danske civilproces

- Christian V's Danske Lov fra 1683 regulerede domstolsprocessen helt frem til retsplejelovens ikrafttræden i 1919.
- Det oprindelige processystem byggede på mundtlig procedure og (meget) aktive dommere.
- Men i løbet af det 18. århundrede skifter den danske proces karakter.
- Straffeprocessen og civilprocessen adskilles.
- Civilprocessen bliver nu i høj grad præget af skriftlighed og "tilbagetrukne" dommere.
- Procesførelsen overlades næsten fuldstændigt til advokaterne.

Forhandlings- og undersøgelsesprincipperne i tysk ret

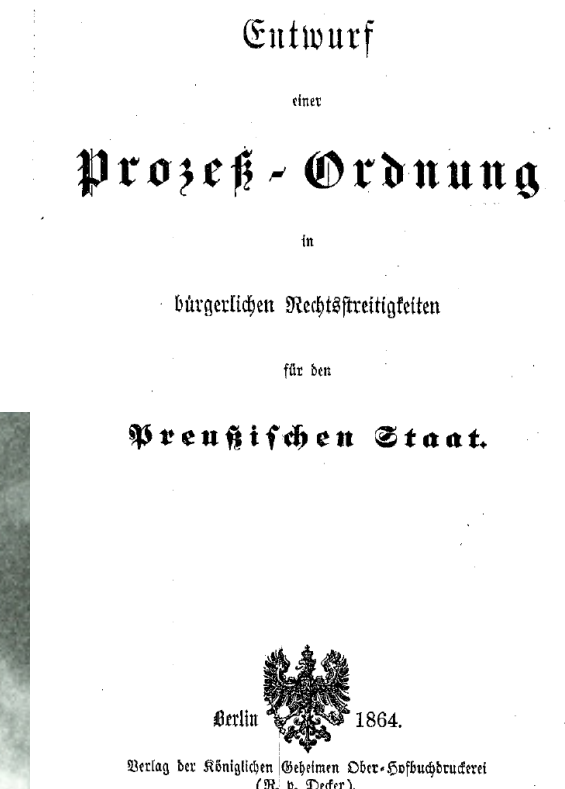
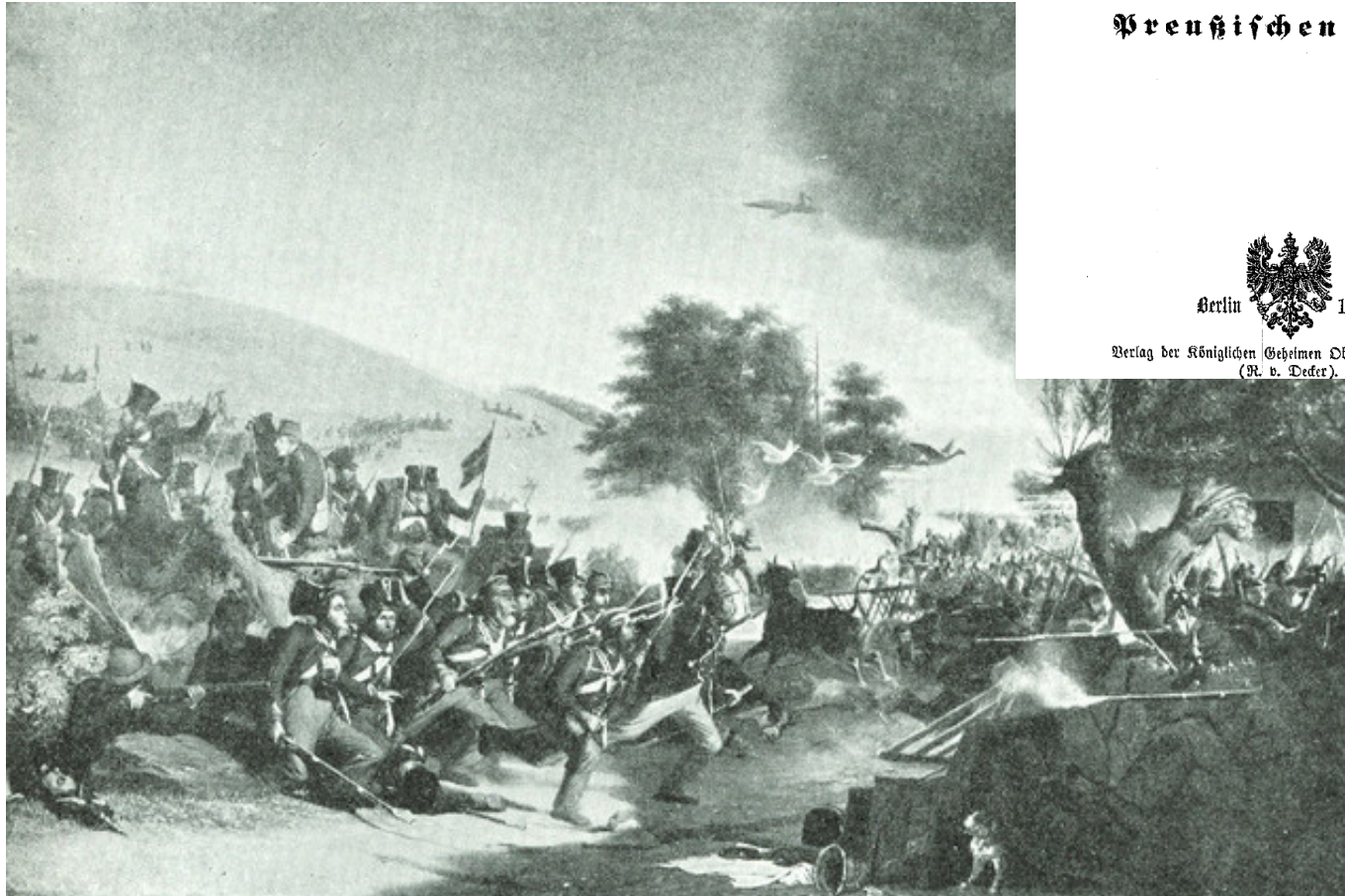
Forhandlingsprincippet og undersøgelsesprincippet formuleres første gang i 1801 af den tyske processualist **Nicolaus Thaddäus von Gönner** (*Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses.*)

Forhandlingsprincippet baserer sig på **parternes forhandling, deres frie dispositionsret** og "tilbagetrukne" dommere.

Undersøgelsesprincippet baserer sig på en procesordning uden advokater hvor dommeren er aktiv og har vide beføjelser til undersøgelse af sagen

1864

Et omfattende udkast til en ny preussisk civilproceslov udarbejdes – men bliver aldrig vedtaget

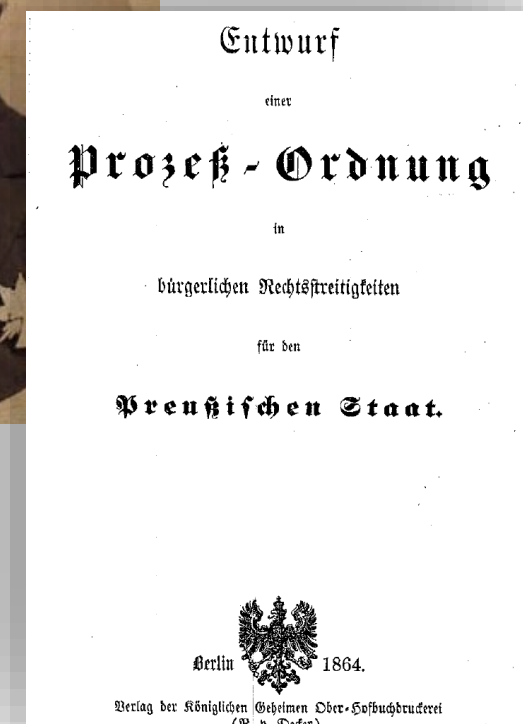
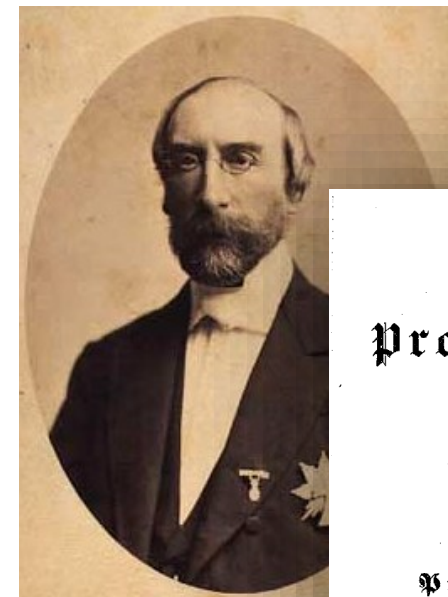


Professor og kommissionsmedlem Johannes Nellemanns lovudkast fra 1869 udgør de første forarbejder til den gældende retsplejelov.

Finn Taksøe-Jensen har påvist, hvorledes udkastet var påvirket af det preussiske 1864-udkast.
(Materiel Procesledelse, 1976)

Det preussiske 1864-udkasts formål var alene at regulere **privatretlige** tvister.

Retsplejelovens tidligere betænkninger viser at den tyske procesforståelse har haft afgørende indflydelse på dansk ret.



Idealet om retsstaten

Statens immunitet mod søgsmål opgives i de tyske stater fra midten af 1800-tallet og den tyske retsvidenskab sætter alle kræfter ind på at konstruere den ideelle retsstat. Udviklingen fører bl.a. til oprettelsen af de første tyske forvaltningsdomstole fra 1863.

Opgør om retsstatens organisering i tysk ret – to grundopfattelser (ii)

Otto Bähr



I forhold til retsstatens beskyttelse af borgeren gjaldt der ifølge Bähr ikke nogen modsætning mellem privatretten og den offentlige ret. Den offentlige myndighed udgør en del af samfundet, og skal derfor **bedømmes ved de samme domstole som private parter**.

”Staten er et juridisk udviklet begreb for den forening af borgere, der udgør nationen og statsretten er derfor principielt ikke anderledes end en form for foreningsret eller selskabsret...”

Opgør om retsstatens organisering i tysk ret – to grundopfattelser (i)



Rudolph von Gneists opfattelse

Offentlig ret var ifølge Gneist væsensforskellig fra privatretten. Den offentlige ret indeholder i modsætning til privatretten, en normativ regulering af embedsværket. Der skal oprettes **forvaltningsdomstole**, der har tilstrækkelige kompetencer til at håndtere de særlige forhold, der gælder inden for offentlig ret.

I 1875 skrev Gneist i et referat til den 12. Juristentag bl.a. (egen oversættelse):

”Forhandlingsmaksimen er ikke anvendelig i forvaltningsretlige sager. I forvaltningsretten handler det om at skabe en objektiv retsorden, der må håndhæves uafhængigt af, hvad parterne kræver. Undersøgelsesmaksimen kan udledes af den offentlige rets natur...”

Civilretten former domstolskontrollen

Statens immunitet mod søgsmål ophæves også i Danmark i det 19. århundrede. Men på trods af den stærke tyske påvirkning af dansk proces var der ikke nogen **diskussion om udvikling af retsstat og domstolsprøvelse i dansk retsteori** og hos danske lovgivere. Modsat i f.eks. Frankrig, Tyskland og Sverige oprettede man ikke forvaltningsdomstole til behandlingen af offentligretlige retssager.

I mangel af forvaltningsdomstole former civilretten domstolskontrollen i Danmark

- *Den domstolskontrol, der udvikles i Danmark på den immune stats bekostning, baseres på civilrettens ugyldighedslære eller – for erstatningssagerne – på en særlig culpavurdering.*
- Ligeledes baserer domstolskontrollen sig på civilrettens *procesregler*, idet lovgiver ikke opretter forvaltningsdomstole / en dansk forvaltningsproces.
- **Dvs.** borgerne går til de almindelige domstole, og beder disse om at tage stilling til, om en mangelfuld forvaltningsafgørelse ligesom en retshandel i civilretten kan tilsidesættes som *ugyldig*.
- **Eller** borgerne sagsøger myndighederne i erstatningssager og påberåber sig culpa, efter samme procesregler som hvis de ville sagsøge andre private borgere.

Forhandlingsprincippet

- Forhandlingsprincippet betyder, at parterne har frie hænder til at fastlægge retssagens indhold og ramme
- Der er i dag enighed om det rationelle og ressourcebesparende i forhandlingsprincippet, når sagen drejer sig om *jævnbyrdige parter*s økonomiske mellemværender
- Forhandlingsprincippet er vanskeligere at legitimere, når der er forskel på styrkeforholdet mellem parterne, fx pga. adgang til information og ressourcer

Forhandlingsprincip ctr. undersøgelsesprincip

- Civilprocessens og forhandlingsprincippets formål er **ikke** at retten skal nå frem til ***den materielle sandhed***
- Men formålet med processen i sager, der drejer sig om domstolskontrol med forvaltningen må være at nå frem til det ***rigtige*** resultat, og det er ikke nødvendigvis det resultat, som følger af parternes dispositioner under processen
- Det kan endvidere ses som en ***systemsvaghed***, at det ikke er kontrolmyndigheden (domstolene), men den part, der skal kontrolleres (staten) der ansvarlig for at tilvejebringe grundlaget for kontrollen (sammen med modparten)

Forhandlingsprincip ctr. undersøgelsesprincip

- En borger, der f.eks. har en sag om godkendelse af et skattefradrag under administrativ behandling, har sikkerhed for, at **myndigheden selv sørger for sagens oplysning** efter undersøgelsesprincippet
- Dvs: **Myndigheden har ansvaret** for, at der er tilvejebragt det fornødne faktiske grundlag for, at der kan træffes afgørelse i sagen.
- Hvis borgeren indbringer skattesagen for domstolene kunne man være fristet til at tro, at retssagsbehandlingen udgør en fortsættelse af den administrative sagsbehandling
- Men **overgangen fra forvaltningsproces til civilproces** (undersøgelsesprincip til forhandlingsprincip) **forekommer i praksis voldsom** for borgeren

Staten giver bonus for sejr over borgere

Statens private advokatfirma, Kammeradvokaten, kan sende en større regning, hvis firmaet vinder over borgeren. Og det gør advokaten ofte. Et problem, siger jurister.

STATEN SOM MODPART

BO MALTESEN

Staten betaler sit private advokatfirma, Kammeradvokaten, ekstra godt, hvis det fører staten til sejr i de 400 retssager hver år, hvor stat og borger mødes i landsret eller Højesteret.

Advokatfirmaet Poul Schmith har som kammeradvokat stort set monopol på at føre sager for staten. Ud over de 400 sager ved landsret og Højesteret blev der i 2011 ført 800 sager ved byretten. Ni af ti sager blev vundet.

Kammeradvokatens honorar aftale med staten er indrettet, så den følger andre private advokatfirmaers principper for afregning. Derfor afgør bl.a. sagens betydning, tidsforbruget og udfaldet af sagen, hvor stort et honorarkrav Kammeradvokaten kan sende frem.

Det bekræfter Peter Biering, der er managning partner hos Kammeradvokaten.

»Størrelsen af vores honorarer beregnes ud fra principperne for andre advokater. Vi bruger alle parametre, bl.a. sagens betydning for klienten, og om sagen vinder eller tabes«, siger Peter Biering.

Han understreger, at aflønning efter »sagens resultat« ikke omfatter sager ved byretten, for de har ikke »videregækkende betydning«.

Kammeradvokatens bonusordning er et problem, mener flere jurister, fordi staten ikke bare kan opføre sig som enhver anden i en retssag.

Frederik Waage er tidligere advokat, men er nu som ph.d.-stipendiat på Syddansk Universitet i gang med som den første juridiske forsker herhjemme at undersøge rammerne for, hvordan staten skal agere i retssager. Men selv om der i dag ikke er klare regler, så er Frederik Waage ikke i tvivl om, at staten efter retsplejeloven har en særlig forpligtelse til at optræde objektivt, når den er part i en retssag, også selv om det er Kammeradvokaten, der repræsenterer staten.

»Derfor er det problematisk, når Kam-

meradvokaten lader sig aflønne afhængigt af, om han vinder eller taber statens sager. Det kan opfattes sådan, at forberedelsen af sagen påvirkes af usaglige hensyn, nemlig advokatens honorar. Det går i en sag, hvor det er private mod private. Men ikke, når staten er den ene part«, siger Frederik Waage.

Hovedet på sømmet

Han peger på, at Kammeradvokaten fører sager, som er meget indgribende mod borgeren, f.eks. skattesager og tvangs fjernelse af børn, men også store principielle sager, f.eks. om grundloven er overholdt i forbindelse med Danmarks deltagelse i krigen i Irak.

»Det er i forvejen meget omkostnings- tungt og tidskrævende for en borger at være oppe mod staten og dens advokat, Kammeradvokaten. Bonusordningen slår blot hovedet på sømmet. Det understreger, at borgeren har en næsten uoverstigelig modstander foran sig. Jeg ville som borger aldrig selv ønske at skulle anlægge sag mod staten, og det bliver ikke bedre af, at staten belønner sin advokat for at vinde«, siger Frederik Waage.

Han støttes af Peter Pagh, professor i miljøret ved Københavns Universitet:

»Kammeradvokatens ret til at fastsætte sit honorar bl.a. ud fra, om sagen er vun-

det eller tabt, underbygger bare skævheden i den nuværende system. Det modvirker en ordentlig oplysning af sagen«.

Tidligere justitsminister for S, professor og formand for retssikkerhedsfonden Ole Espersen, mener ikke, man kan have et system, hvor staten »belønner den frække advokat, der tryner en borger«.

»Staten har en forpligtelse til at være objektiv, derfor er det forkert, at statens advokat arbejder på det private markeds betingelser og har en forretningsmæssig interesse i at vinde en sag over en borger«, siger Ole Espersen og spørger:

»Skulle en statsadvokat så have bonus for at vinde over en rockerbande? Nej, vel – han får sin faste løn for at søge retfærdighed«.

Peter Biering afviser, at honoraraftalen fører til, at der tages usaglige hensyn:

»Det incitament findes ikke hos os«.

Statens aftale med advokatfirmaet Poul Schmith håndteres i det daglige af Moderniseringsstyrelsen under Finansministeriet. I styrelsen siger kontorchef Julie Vig Albertsen:

»Det følger af aftalen, at Kammeradvokaten honoreres efter advokatbranchens standard, bl.a. at sagens udfald kan tælle med. I praksis samarbejder den pågældende myndighed og Kammeradvokaten om tilrettelæggelsen af sager. Myndighe-

FAKTA

STATENS ADVOKATFIRMA

Indtil 1936 havde staten sin egen kammeradvokat. Siden da har advokatfirmaet Poul Schmith haft tjansen som kammeradvokat.

Firmaet fører sager for og rådgiver staten for cirka 300 millioner kroner om året. Skat er den langt største kunde med retssager til et samlet honorar på næsten 100 millioner. Derudover løser Kammeradvokaten opgaver for kommuner, regioner og statsselskaber. Kammeradvokaten arbejder også med konkurssager, hvor en kurator varetager blandt andet de offentlige kreditors interesser. Kammeradvokaten har få private kunder for at undgå inhabilitet. Staten lægger hvert år desuden op mod 100 millioner kroner hos andre advokater, bl.a. på områder, hvor Kammeradvokaten ikke er specialister, eller på områder, som falder uden for aftalen, f.eks. DSB. Kammeradvokaten vil ikke oplyse firmaets samlede omsætning eller overskud.

den har samme interesse i at belyse en sag fyldestgørende og varetage borgerens retssikkerhed som i andre sager. Den proces er ikke præget af honorarspørgsmål«.

Statens brug af Kammeradvokaten er over de seneste seks år fordoblet, og advokatfirmaet sendte sidste år regninger for næsten 300 millioner kroner til staten for at føre retssager, yde rådgivning mv.

Dansk enegang

VK-regeringen havde planer om at sende statens brug af advokatbistand i udbud, men nåede det ikke. Den nuværende regering besluttede at underkaste hele ordningen et eftersyn, som Moderniseringsstyrelsen nu er ved at lægge sidste hånd på.

Ud fra den redegørelse skal regeringen beslutte, om ordningen skal fortsætte eller ændres.

Den danske ordning med én privat advokat, der har næsten monopol på at føre retssager for staten, er enestående. De fleste andre lande, bl.a. Norge og Sverige, har embedsmænd som kammeradvokater og lader flere private advokatkontorer tage sig af de mere rutinemæssige sager.

bo.maltesen@pol.dk

Borgeren vs. staten

PS side 5

Udgangspunkt:

**Forhandlingsprincippet er ikke
velegnet til at regulere
offentligretlige retssager...**

- Efter den danske procesordning er forhandlingsprincippet begrundet i hensynet til retsenhed og ønsket om *generalistdommere*. Hertil kommer at forhandlingsprincippet sikrer effektivitet. Forhandlingsprincippet opfattes også som en garanti for dommerens *neutralitet*.
- Men med forhandlingsprincippets dominans i civile retssager fraviges den materielle sandheds princip i domstolskontrollen
- Sager om magtfordrejning eller krænkelse af menneskerettigheder behandles efter samme procesregler som sager om formueretlige mangler ved et byggeri.
- Men domstolskontrollen handler om noget andet og mere end at løse en tvist mellem to parter
- Alligevel er det næppe realistisk at opgive forhandlingsprincippet ved retssagsbehandling i sager om prøvelse af myndighedsudøvelse

Udgangspunkt:

**Forhandlingsprincippet er ikke velegnet
til at regulere offentligretlige retssager...**

...men forhandlingsprincippet er på væsentlige punkter modificeret når det offentlige optræder som procespart...

U 1956.289 H



- Københavns Havnevæsen (offentlig myndighed) anlægger anerkendelsessøgsmål mod cigarhandler.
- *Påstand* : cigarhandleren uberettiget til at udlevere spirituøse drikke fra en vej ejet af havnevæsenet til ansatte på B&W skibsværft.
- Højesteret: **Søgsmålet** var **iværksat på værftets** foranledning. Benyttelsen af vejen gik ikke ud over, hvad der opfattes som almindelig færdsel.
- Med **påstanden** over for cigarhandleren forfulgte myndigheden ifølge Højesteret ikke formål, som det naturligt påhvilede den at varetage.
- Cigarhandleren frifundet
- Magtfordrejningslæren gælder også for det offentliges påstandsnedlæggelse

Problem

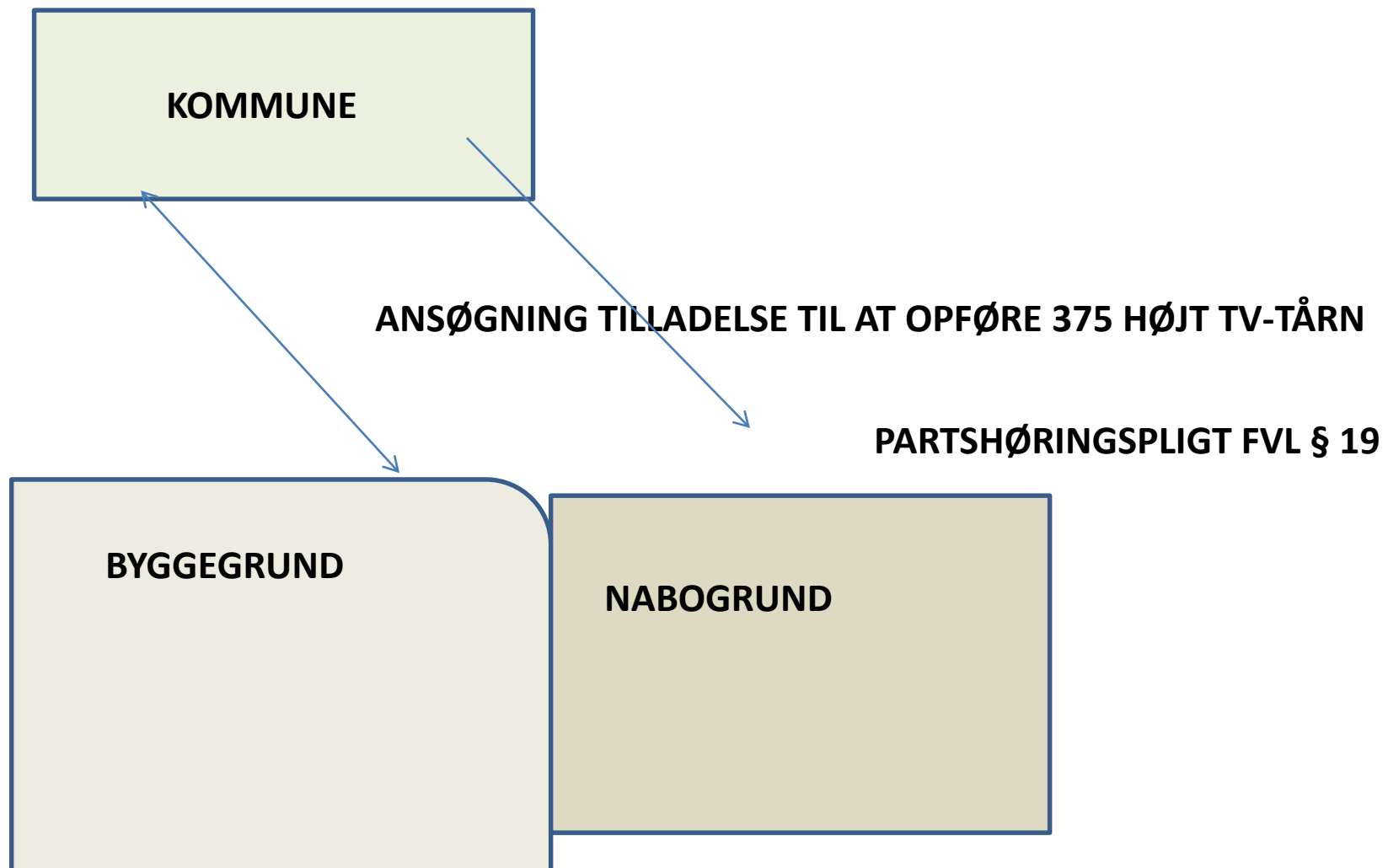
Der har generelt været usikkerhed i den danske juridiske teori og i praksis om hvilke normer der gælder for det offentliges retssagsførelse –
afhandlingens formål er at påvise hvordan forvaltningsretten har virkning i civilprocessen

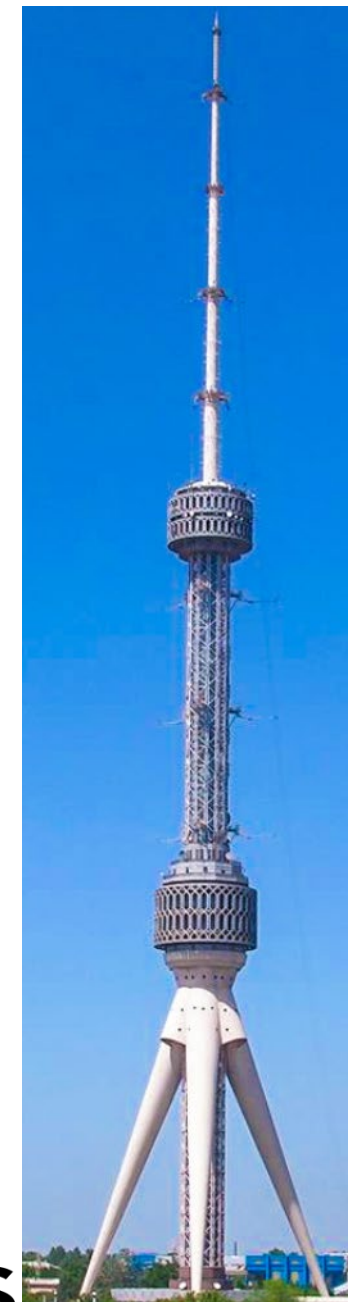
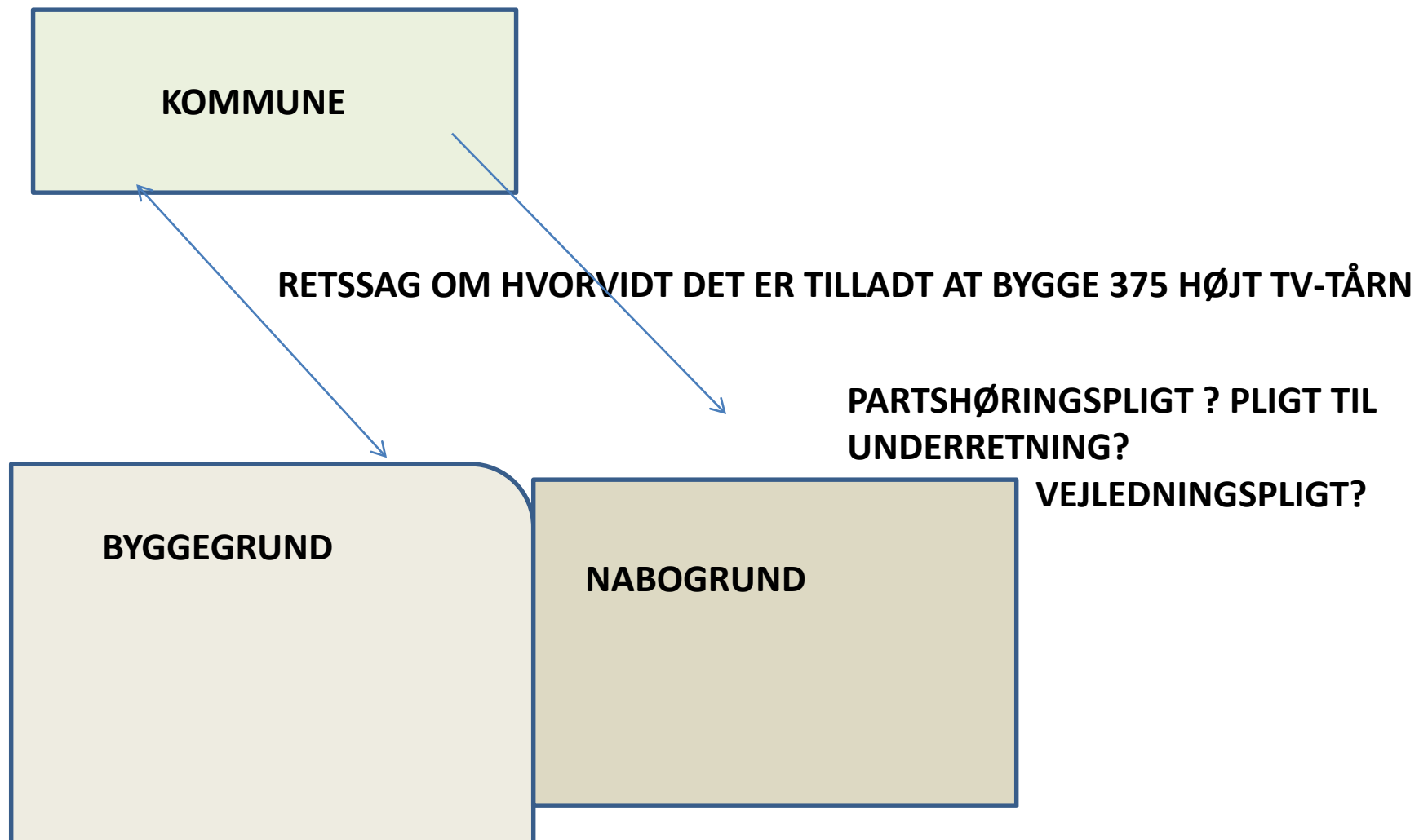
Forvaltningsretlige normer ved forberedelsen

- Søgsmålsfrister - fastslået i retspraksis at mangelfuld vejledning fører til udsættelse af søgsmålsfrister.
- Særlig pligt til at bidrage til sagsoplysningen?
- Det offentlige har en særlig interventionsmulighed efter rpl § 252, stk. 2, pligt til oplysning af sagen
- Oplysningspligt er også fastslået i retspraksis: U 1998.16 H
- Pligt til at begrænse sagsbehandlingstiden – både et forvaltningsretligt og civilprocessuelt krav.

Eksempel - forvaltningsretlige normer ved forberedelsen...

- Afhandlingen argumenterer for, at der gælder en forvaltningsretlig pligt til procesunderretning (litis denuntiatio)





SBC

Forvaltningsretlige normer ved hovedforhandlingen

- Mundtlig påstandsnedlæggelse og forelæggelse skal være saglig – og baserer sig på det saglige materiale
- I bevisførelsen har spørgsmålet om overholdelse af forvaltningsretlige regler betydning for bevisbyrdens overgang. Er der begået forvaltningsretlige fejl kan bevisbyrden ofte vippe over på den offentlige modpart
- Editionspligten til en vis grad reguleret af de forvaltningsretlige regler – selvom rpl er fra 1916 og fvl er fra 1985!
- Sagsbehandling, når hensynet til statens sikkerhed, fremmede magter eller tredjemands liv eller helbred påberåbes skal stadig leve op til de forvaltningsretlige grundprincipper!

RETSSAG



Statens advokat

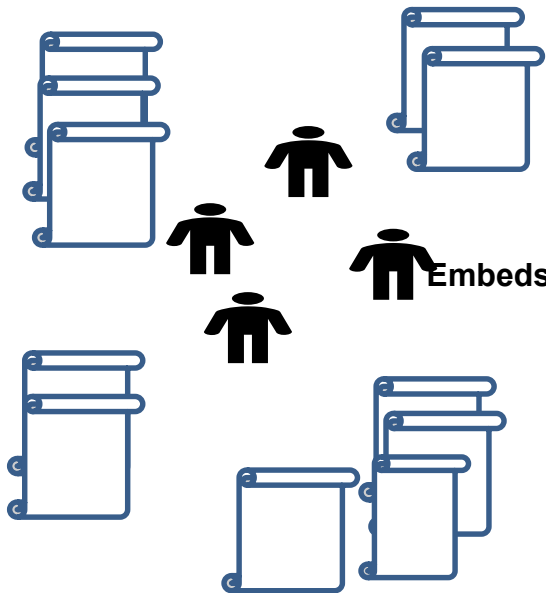
**ANMODNING OM EDITION, UDLEVERING AF
AKTER, PRAKSIS MV.**



Borgers advokat

RETSSAG

MINISTERIUM



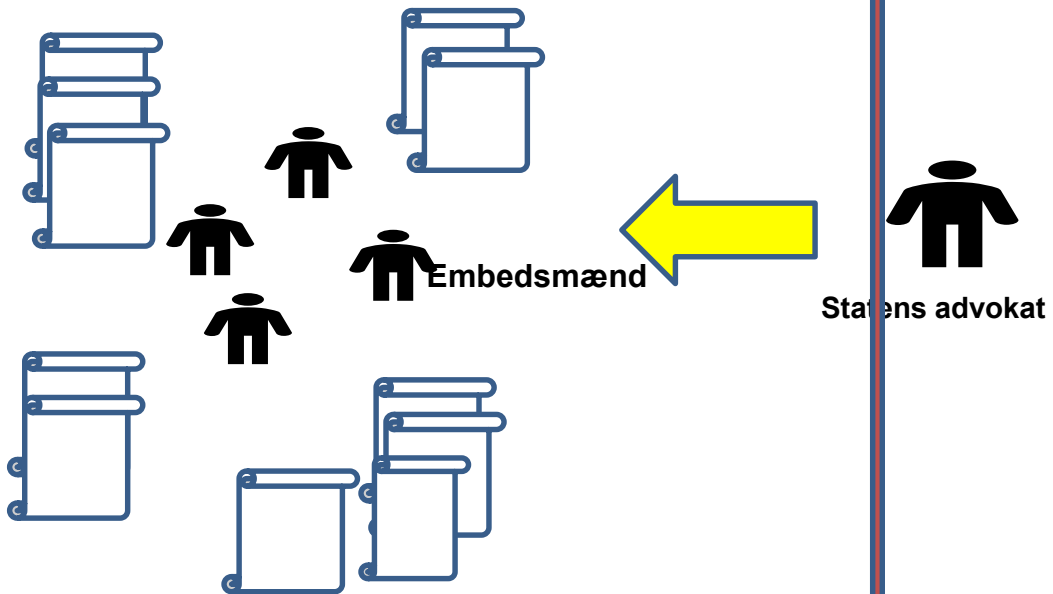
Embedsmænd

Statens advokat

**ANMODNING OM EDITION, UDLEVERING AF
AKTER, PRAKSIS MV.**

Borgers advokat

MINISTERIUM

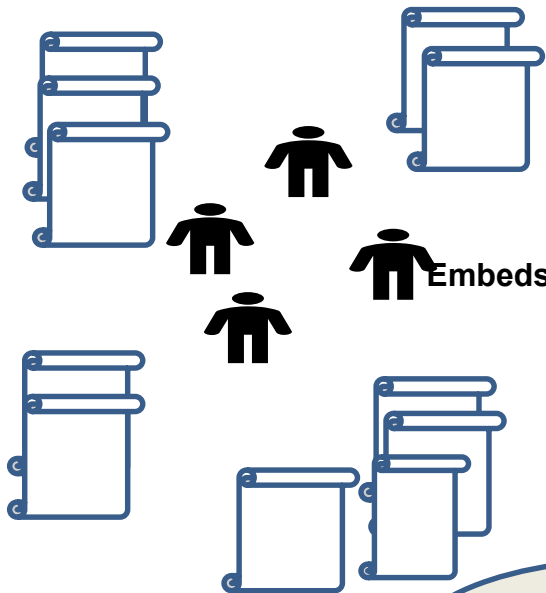


Er embedsmænd, der ekspederer en editionsbegæring bundet af inhabilitetsreglerne? Og kan en embedsmand ekspedere en editionsanmodning som vedrører vedkommendes egen myndighedsudøvelse?

Hvorfor fører Folketingets Ombudsmand i Danmark ikke tilsyn med embedsmænds retssagsførelse?

RETSSAG

MINISTERIUM



Embedsmænd

Statens advokat



**ANMODNING OM EDITION, UDLEVERING AF
AKTER, PRAKSIS MV.**



Borgers advokat

Den danske procesordning for sagsoplysning i civile sager er baseret på en ufuldkommen sanktionform (processuel skadesvirkning) og et stort tillidsforhold til forvaltningen. Spørgsmålet er om det er holdbart for en retsstat at der ikke føres kontrol med embedsmænds udlevering af retsakter i en sag om domstolsprøvelse efter grundloven

- Uanset om der verserer en retssag ved domstolene, kan det offentlige endvidere være forpligtet til at genoptage forvaltningssagen, hvis der fremkommer nye oplysninger.
- Lighedsprincippet gælder ved beslutningen om sagens anlæg. Det indebærer bl.a., at den offentlige myndighed er forpligtet af sin egen praksis i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt identiske retstilfælde forfølges.
- Der må ikke træffes arbitrære beslutninger, hvorefter krav, der i øvrigt er identiske, behandles forskelligt.
- Undtagelser skal være saglige, hvilket f.eks. er tilfældet med prøvesager, hvor forskelsbehandlingen er begrundet i ressourcemæssige betragtninger.

- Det anerkendes i retspraksis, at de påstande og anbringender, der er formuleret i stævningen, skal leve op til bl.a. lighedsprincippet og saglighedsprincippet (magtfordrejningsforbuddet).
- Det offentlige vil endvidere i en række tilfælde være forpligtet til at vejlede borgeren, hvis det offentlige bliver opmærksomt på, at borgeren lider et retstab.
- Det må endvidere antages, at en offentlig myndighed har en generel forvaltningsretlig forpligtelse til at procesunderrette en tredjemand, der ville kunne opnå partsstatus, men som ikke er bekendt med et søgsmåls eksistens.

Konklusion

- De principielle betænkeligheder, der er forbundet med anvendelsen af forhandlingsprincippet i offentligretlige retssager, er i vidt omfang er afhjulpet. Det ulige styrkeforhold mellem det offentlige og borgeren i civilprocessen er kompenseres i det omfang de forvaltningsretlige principper fortsat kan gøres gældende under retssagen.

Klagenævnet for udbud

§ 10

Klagenævnet for Udbud træffer afgørelse om, hvorvidt der er sket overtrædelse af...regler...**Klagenævnet kan ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og kan ikke tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende.**

§ 11, stk. 2:

Klagenævnet for Udbud **kan kræve alle oplysninger, som skønnes nødvendige** til vurderingen af, om....regler.....er overholdt, eller til afgørelse af, om et forhold er omfattet af Klagenævnet for Udbuds kompetence....

Klagenævnet for udbud

- Forhandlingsprincippet gælder (i nogen grad) ved klagenævnet for udbud
- Indført i 2011
- Der gælder dog fortsat en vejledningspligt
- Klagenævnet kan ikke (længere) optræde ex officio
- Men nævnet har fortsat ansvaret for sagsoplysning; uanset forhandlingsprincippet kan nævnet selv oplyse sagen...

Ville borgerens retsstilling være bedre, hvis det offentlige i videre omfang blev repræsenteret ved embedsmænd ved den danske domstolene?

Ville borgerens retsstilling være bedre, hvis det offentlige i videre omfang blev repræsenteret ved embedsmænd ved den danske domstolene?

Danske embedsmænd giver i dag kun sjældent møde ved domstolene i civile retssager

Sådan er det ikke i resten af Europa. Her er det snarere normen, at det offentlige giver møde ved embedsmænd i civile retssager

I Danmark er det fortsat et særsyn at embedsmænd møder i retten i civile sager....hvorfor?

- Forhandlingsprincippet meget stærkt i dansk ret
- Advokaterne har siden den 17.århundrede spillet en hovedrolle i civilprocessen
- Danske dommere er generalister, der stiller høje krav til sagsforberedelsen hos parterne og domstolene er glade for samarbejdet med advokaterne.
- Retsplejelovens § 260 sætter grænser for hvornår det offentlige kan optræde som selvmøder – genstand for behandling i lovforslag fremsat i 2018...

Intet tilsyn med statsansatte rettergangsfuldmægtige

- Jurister i den danske stat, som ikke er ansatte advokater er ikke medlemmer af Advokatsamfundet og heller ikke bundet af generalklausulen om god advokatskik i rpl § 126.
- Det er altså ikke muligt at klage til Advokatnævnet over embedsmænds førelse af retssager

Intet tilsyn med statsansatte rettergangsfuldmægtige

- Efter ombudsmandslovens § 7, stk. 2, omfatter Folketingets Ombudsmands virksomhed ikke domstolene.
- Begrænsningen fortolkes i praksis udvidende til også at gælde verserende retssager og sager, der kan *forventes* afgjort ved domstolene.
- *Sammenfattende er der ikke er noget reelt tilsyn med det offentliges rettergangsfuldmægtige.*



Fremsat den 24. oktober 2018 af justitsministeren (Søren Pape Poulsen)

Forslag

til

Lov om ændring af retsplejeloven og lov om retsafgifter

(Udvidelse af statslige myndigheders adgang til at møde i retssager ved egne ansatte, indførelse af adgang til at klage over advarsler meddelt dommere og dommerfuldmægtige, fritagelse for retsafgift i sager om medmoderskab m.v.)

§ 1

I retsplejeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1101 af 22. september 2017, som ændret senest ved § 2 i lov nr. 715 af 8. juni 2018, foretages følgende ændringer:

1. I § 1 a, stk. 1, indsættes efter nr. 3 som nyt nummer:

»4) klager over advarsler meddelt efter § 48,«.

Nr. 4-7 bliver herefter nr. 5-8.

kede døre. De nærmere bestemmelser om hovedforhandlingen træffes i øvrigt af klagerettens formand i overensstemmelse med de regler, som gælder for hovedforhandling i borgerlige sager i 1. instans med de fornødne lempelser. Fremsætter dommeren begæring derom, kan klageretten beskikke en advokat for dommeren.

Stk. 5. Klageretten kan stadfæste, ændre eller ophæve advarslen. Klagerettens afgørelse træffes ved kendelse.

Stk. 6. Løder klagerettens afgørelse på stadfæstelse eller

Dommerforeningen

- Særligt for så vidt angår byretterne bemærkes det, at visse offentlige myndigheder allerede i dag giver møde ved egne ansatte i særlige civile retssager i stedet for ved en ekstern advokat. Det er opfattelsen, at dette ikke har ført til et kvalitetsløft, og at der har været eksempler på, at sådanne sager indholdsmæssigt, fagligt og processuelt ikke er blevet forberedt og hovedforhandlet på tilfredsstillende vis.
- Der må i den forbindelse særligt peges på, at det er væsentligt at den, der møder i retten med en sag, har forholdt sig kritisk til sagens oplysninger og omfang inden hovedforhandlingen og er i stand til at forholde sig til uventede processuelle problemer, der måtte opstå under hovedforhandlingen. Navnlig for så vidt angår tilskæring af sager er det erfaringen, at Skatteministeriet, der fortsat er repræsenteret af en ekstern advokat, ikke helt sjældent har taget bekræftende til genmæle, når sagen har været vurderet hos den eksterne advokat.

Hovedpunkter i lovforslaget...

- Fastansatte statslige embedsmænd får efter forslaget lov til at møde i byretterne, men ikke landsretterne
- Fastansatte statslige embedsmænd får efter forslaget ikke lov til at give møde i Højesteret
- Der stilles krav om, at den der giver møde har en dansk bachelor- og kandidatgrad

Hovedpunkter i lovforslaget...

- Fastansatte statslige embedsmænd får efter forslaget ikke møde i byretten men ikke landsretten.
- Fastansatte statslige embedsmænd får efter forslaget ikke møde i Højesteret
- Der stilles krav, at den embedsmænd har en dansk bachelors- og kandidatgrad.

KASSERET

Sagsomkostninger

- Der indføres nu regel om at når en statslig myndighed som vindende part tilkendes sagsomkostninger, kan der også tilkendes sagsomkostninger til dækning af myndighedens udgifter til bistand fra en rettergangsfuldsmægtig, der er ansat hos myndigheden...

Særligt angående spørgsmålet om vidnepligt for embedsmænd

Konsekvenser af tilsidesættelse af forvaltningsretlige regler

- Retssagsførelsen beror på sagens parter. Mener en borger at grundlæggende forvaltningsretlige principper er tilsidesat i processen skal dette gøres gældende under retssagen, så staten har mulighed for kontradiktion
- Borgeren kan f.eks. kræve sine sagsomkostninger dækket pga. modpartens tilsidesættelse af forvaltningsretlige principper, jf. rpl §§ 318, 319 eller anmode retten om at udtale kritik af procesførelsen, jf. f.eks. U 1942.363 HK. En sådan kritik vil utvivlsomt blive taget alvorligt af staten og statens advokat, på samme måde som ombudsmandskritik tages alvorligt...

Hvilke forpligtelser er statens advokat underlagt i processen? (i)

- Advokaten er en partsrepræsentant; har ikke en selvstændig beslutningskompetence
- Det er statens embedsmænd som formelt træffer alle processuelle beslutninger under advokatens medvirken, f.eks. om sagsanlæg, anke, kære, forlig, bekræftende genmæle osv.
- Visse underordnede processuelle dispositioner kan i medfør af procesfuldmagten træffes af advokaten

Er det offentliges advokat underlagt forvaltningsretlige principper?

- Advokaten for en offentlig myndighed er i juridisk forstand en fuldmægtig, der opererer på et privatretligt grundlag ud fra en delegation (procesfuldmagten)
- Afhandlingens kapitel 10 påviser hvorledes der er stor usikkerhed i den juridiske teori om i hvilket omfang private aktører der udfører myndighedsopgaver er underlagt forvaltningsretlige principper
- Hvis advokaten opererede ud fra en "almindelig privatretlig fuldmagt" ville det være uklart om de forvaltningsretlige regler gjaldt for advokaten.
- **Men procesfuldmagten er ikke en almindelig fuldmagt!**

Er det offentliges advokat underlagt forvaltningsretlige principper?

Procesfuldmagten har omfattende begrænsninger og kan ikke stå alene.

F.eks. skal klienten som hovedregel træffe beslutning om forlig, anke, kære etc.

Retsplejeordningen forudsætter med andre ord et samarbejde mellem advokat og klient under retssagen, og procesfuldmagten indebærer ikke, at fuldmægtigen (advokaten) træder i stedet for hovedmanden (myndigheden).

Er det offentliges advokat underlagt forvaltningsretlige principper?

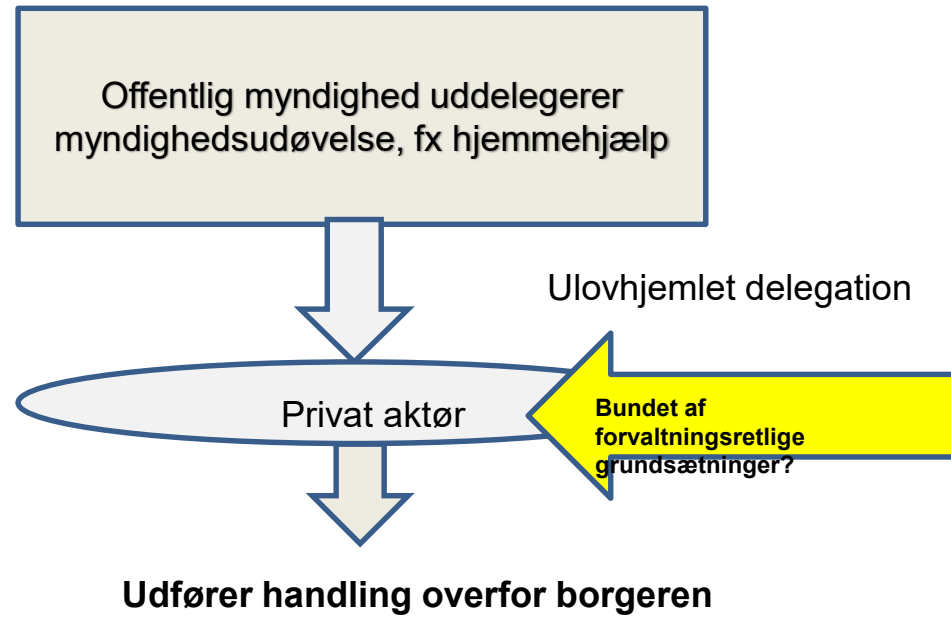
Mads Bryde Andersen – Advokatretten:

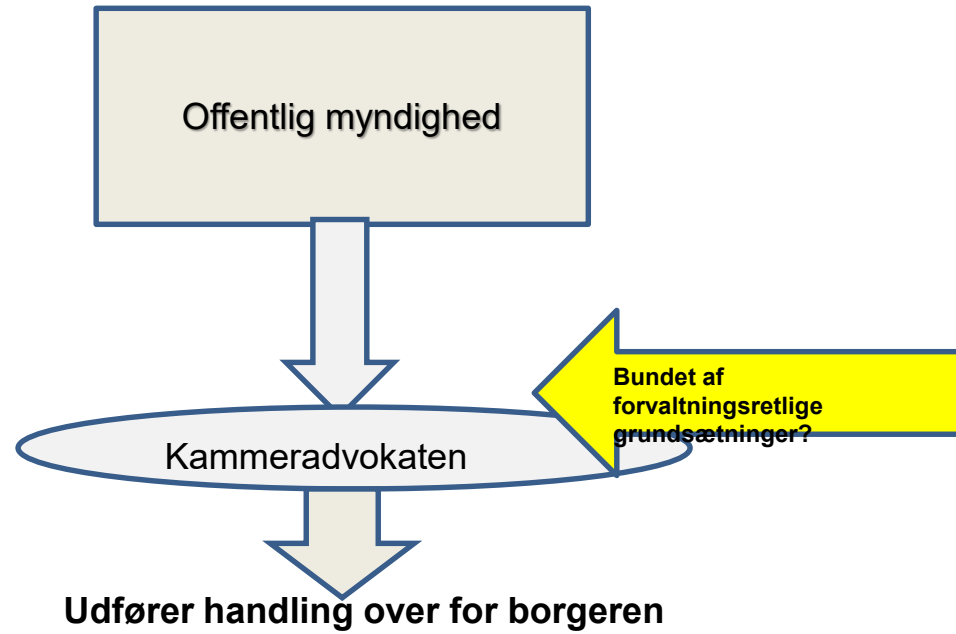
”Formålet med procesfuldmagten er ikke at afhjælpe, at fuldmagtsgiveren af praktiske grunde er afskåret fra selv at være til stede for at gennemføre forhandlingen, men derimod, at fuldmagtsgiver ser et behov for at inddrage en person, der kan gå i retten **sammen med ham...**”

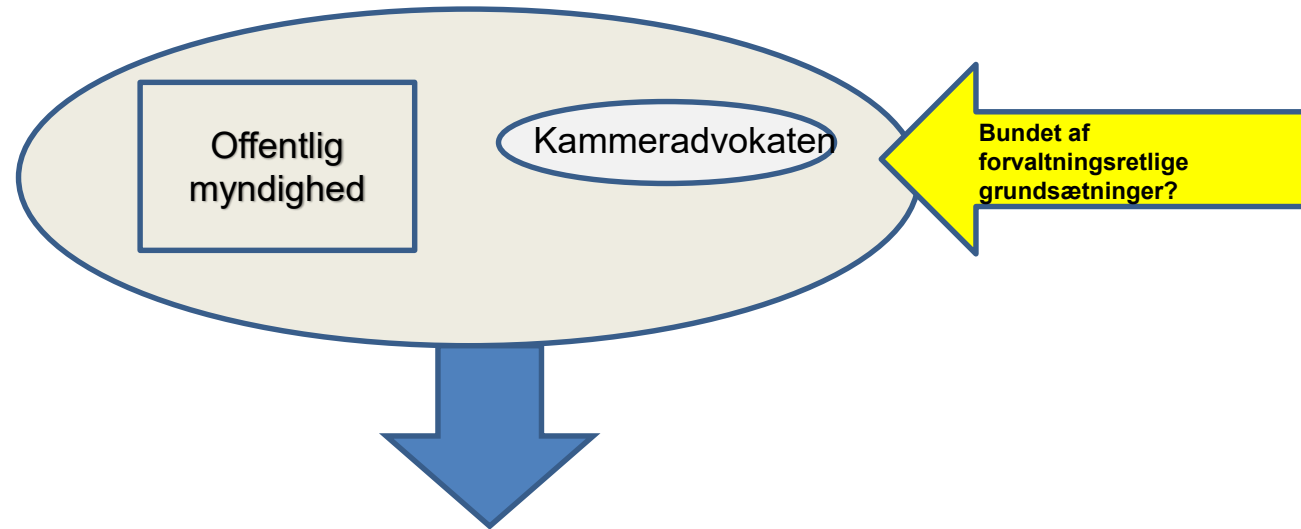
Er det offentliges advokat underlagt forvaltningsretlige principper?

Rpl § 267, den, der lader sin sag udføre ved en rettergangsfuldmægtig, er ikke dermed er udelukket fra selv at ytre sig under den mundtlige forhandling umiddelbart efter, at hans rettergangsfuldmægtig har talt.

Rpl § 263, stk. 2, tilståelser eller andre erklæringer om det faktiske i sagen, som fremkommer under de mundtlige forhandlinger, tilbagekaldes eller berigtiges af parten selv, når dette sker straks eller umiddelbart efter, at partens rettergangsfuldmægtig har talt.







Det offentlige og kammeradvokaten udfører handlinger overfor borgeren i fællesskab

Frederik Waage
fwa@sam.sdu.dk

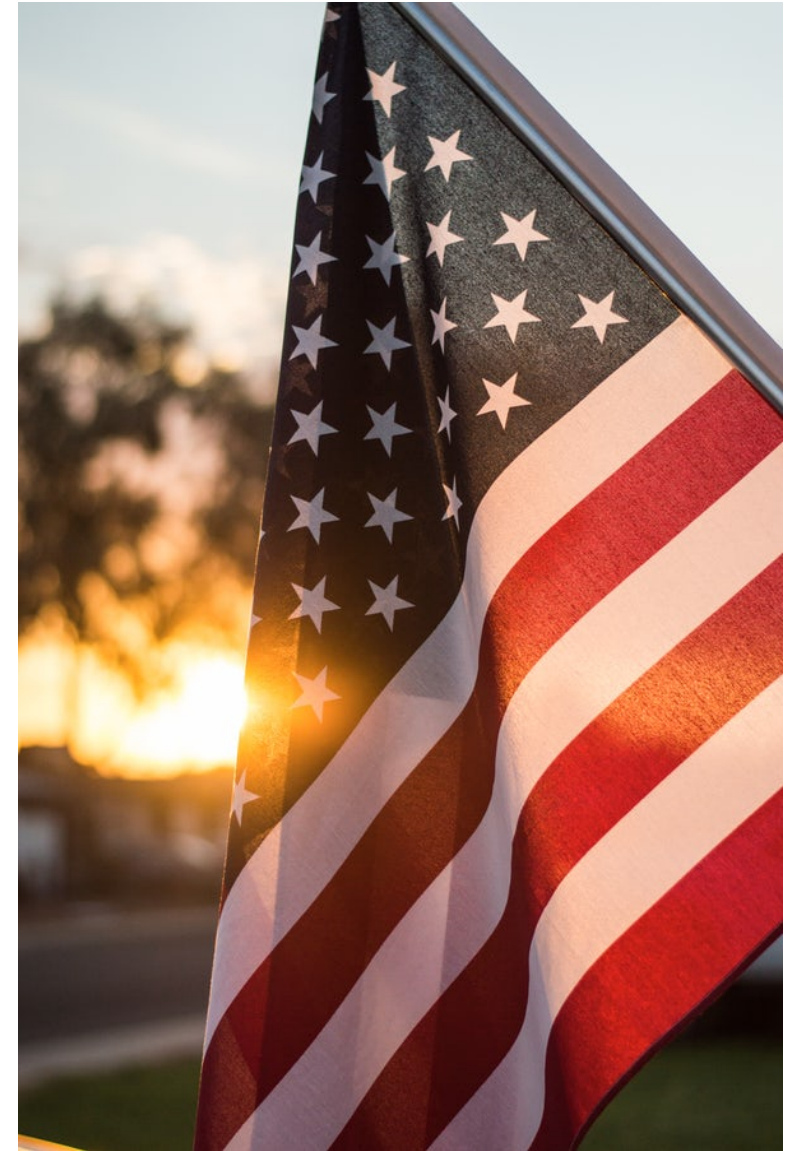
Afslutning

- Forhandlingsprincippet står fortsat meget stærkt i dansk ret, og der er ikke udsigt til at dette vil ændre sig
- Forhandlingsprincippets ulemper kan i betydelige grad afhjælpes ved anerkendelsen af de forvaltningsretlige reglers normering af procesførelsen
- I fremtiden vil man i videre udstrækning se embedsmænd som optræder i civile retssager – men i høj grad også private advokater
- Forekomsten af de nye typer af rettergangsfuldmægtige aktualiserer fortsat opmærksomhed på de normer, der gælder for det offentlige som procespart i Danmark.

Opfattelser af det offentlige som procespart

USA – polariseret debat

- *The duty of Zealous Advocacy*
(Lanctot 1991)
- *Must government lawyers seek justice in civil litigation?*
(Green, 2000)



USA

»A government lawyer who has the discretionary power relative to litigation should refrain from instituting or continuing litigation that is obviously unfair. A government lawyer not having such discretionary power who believes there is a lack of merit in a controversy submitted to him should so advise his superiors and recommend the avoidance of unfair litigation. A government lawyer in a civil action or administrative proceeding should develop a full and fair record, and he should not use his position or the economic power of the government to harass or to bring about unjust settlements or results«



»Udgångspunktet for agerandet är ... att staten inte ska vinna orätmätigt. Vi försöker därför aldrig att drible med fakta, inte heller att vinna med rättstliga argument, som vi i själva verket inte tror på. Jeg tycker att detta är den rimliga hällningen för en statens advokat.

Men det kan nämnas att kollegerna i Norge och Danmark – Regjeringsadvokaten resp. Kammeradvokaten – intar en något mer traditionel advokatroll.«

Norge

En hovedforhandling er ikke et seminar hvor deltakerne forsøker å hjelpe hverandre frem til økt felles insikt. Hovedforhandlingen er en kamp mellom stridende interesser. Prossessfullmektigene har derfor ikke alltid interesse i at saken blir best mulig avklaret og argumentert. En advokat med en svak sak kan tvert om være interessert i at problemstillinger ikke avklares, og at det reises tvil, hvor det ikke er tvil, og omvendt...



- Frederik Zimmer, Noe om staten som part i skattesaker for domstolene, Forsker og Formidler, Festskrift til Erik Magnus Boe, 2013

Norge

”...I et slikt system kan en skatteyder med en god sak og en svag advokat lett lide retstab hvis statens prosessmektig ser det som sin hovedoppgave å vinne saken....I tillegg kommer et psykologisk moment: En dommer som føler seg usikker i faget vil kunne ha en tendens til å stole på staten, som vår alles gode mor, heller en på skattyteren, som jo utvilsomt er ute i en egeninteresse...”



- Frederik Zimmer, Noe om staten som part i skattesaker for domstolene, Forsker og Formidler, Festskrift til Erik Magnus Boe, 2013

Danmark

Aage Spang-Hanssen i TFS 2000,372:

*Det offentlige har inden en sag er indbragt for retten, »så at sige faderlig pligt til at medvirke til oplysning af sagen i dennes helhed...« Men indbringes sagen for domstolene, forvandles det offentlige derimod til en »**stejl modpart**«.*